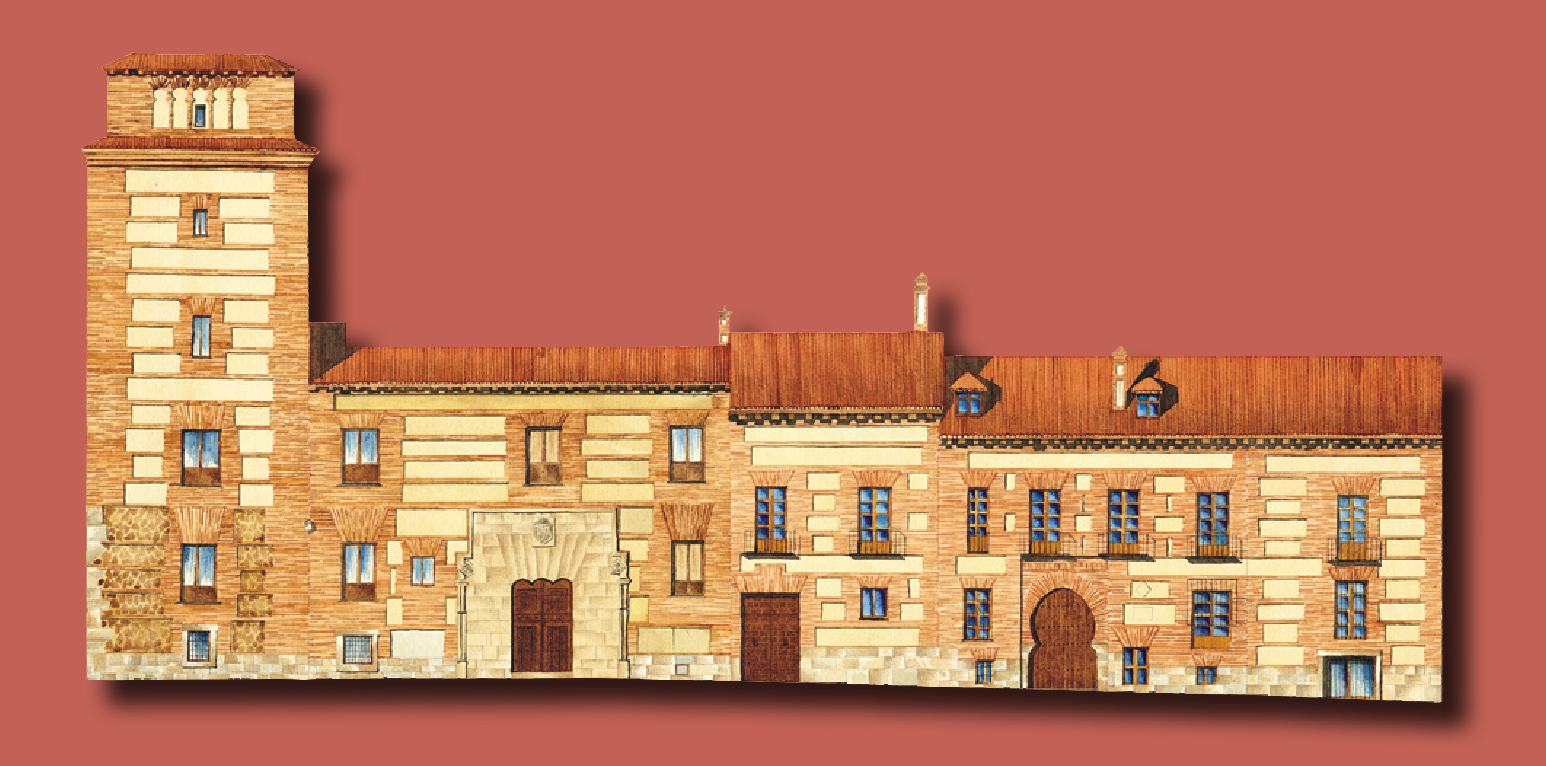
ENCICLOPEDIA DE LAS CIENCIAS MORALES Y POLÍTICAS PARA EL SIGLO XXI

CIENCIAS POLÍTICAS Y JURÍDICAS

Edición de Benigno Pendás
Prólogo de Miguel Herrero de Miñón



REAL ACADEMIA DE CIENCIAS MORALES Y POLÍTICAS
BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO

ENCICLOPEDIA DE LAS CIENCIAS MORALES Y POLÍTICAS PARA EL SIGLO XXI

CIENCIAS POLÍTICAS Y JURÍDICAS

Edición de Benigno Pendás
Prólogo de Miguel Herrero de Miñón

REAL ACADEMIA DE CIENCIAS MORALES Y POLÍTICAS

BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO

ENCICLOPEDIA DE LAS CIENCIAS MORALES
Y POLÍTICAS PARA EL SIGLO XXI

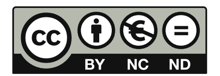
ENCICLOPEDIA DE LAS CIENCIAS MORALES Y POLÍTICAS PARA EL SIGLO XXI

CIENCIAS POLÍTICAS Y JURÍDICAS
(Con especial referencia a la sociedad pos-Covid-19)

EDICIÓN DE BENIGNO PENDÁS
PRÓLOGO DE MIGUEL HERRERO DE MIÑÓN

REAL ACADEMIA DE CIENCIAS MORALES Y POLÍTICAS
BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
2020

Primera edición: diciembre de 2020
En cubierta: vista de la Torre de los Lujanes y del edificio sede de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas



NIPO: 090-20-211-9 (edición en papel)
090-20-212-4 (edición en línea, PDF)
090-20-213-X (edición en línea, ePub)

ISBN: 978-84-340-2667-4

Depósito Legal: M-26942-2020

Imprenta Nacional de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado
Avda. de Manoteras, 54, 28050 Madrid

ÍNDICE

CIENCIAS JURÍDICAS

PRÓLOGO

Al constituirse por imperativo estatutario la nueva dirección de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas en enero del 2019, y tras proponer al anterior presidente don Juan Velarde como presidente vitalicio de honor, la Academia en Pleno asumió la iniciativa del vicepresidente, profesor Pendás, de elaborar una Enciclopedia de Ciencias Morales y Políticas.

Nada se acomoda mejor al objeto de la Institución que, según el Real Decreto Fundacional del 30 de septiembre de 1857, reiterado en el artículo 1.º de los vigentes Estatutos, es «el cultivo de estas ciencias, ilustrando las cuestiones de mayor importancia, trascendencia y aplicación según los tiempos y circunstancias».

Para ello pareció sumamente útil recapitular en torno a las voces fundamentales y en forma accesible a un público culto, pero no especializado, los conocimientos básicos de las principales disciplinas jurídico-políticas, filosóficas, sociológicas y económicas, objeto respectivamente de las cuatro secciones en que se articula la organización y funcionamiento de la Academia. A ello se ajustó el proyecto inicial y a mi juicio vigente y el propio vicepresidente Pendás asumió con eficaz entusiasmo la dirección y coordinación del primer volumen, dedicado a las Ciencias jurídico-políticas.

A las dificultades inherentes a tamaña empresa se sumaron desde el principio circunstancias adversas. Desde las económicas, dadas las restricciones presupuestarias que la Academia padece desde el 2009 y que han supuesto una reducción del 50% de sus ingresos, hasta la irrupción en la vida de la Institución de la COVID-19 en este mismo año. Y, pese a ello, ve la luz este volumen que reúne más de trescientas voces, obra de 220 autores, académicos y no académicos, generosos y fecundos colaboradores con nuestra Institución a los que me honra mucho dar las gracias. Los datos curriculares de todos los colaboradores internos y externos acreditan sobradamente su calidad.

Según el Diccionario de la Real Academia Española, Enciclopedia tiene dos significados principales: el primero, el conjunto orgánico de los conocimientos; el segundo, obra en que se recogen informaciones correspondientes a muy diversos campos del saber y de las actividades humanas. Es claro que las disciplinas jurídico-políticas son varias y variadas. De ahí la indudable pluralidad de voces, autores y estilos, no inhibida felizmente por ningún pie forzado de tipo ideológico, y de ahí también la riqueza de la información que este volumen ofrece, no como un todo orgánico sino de acuerdo a la

segunda acepción ya citada del propio Diccionario de la Lengua Española. Frente a otros posibles modelos de Enciclopedia, se sigue así una fecunda tradición hispánica, tan ricamente ilustrada en el volumen que dirigió en su día Alfredo Alvar Ezquerra, titulado *Las Enciclopedias en España antes de la Encyclopedie*. No otro es el caso del *Proyecto de Diccionario Universal* planteado por el ilustre marqués de Marcenado a don Felipe V, y que ha continuado hasta las más recientes y prestigiosas Enciclopedias hispánicas.

Una obra de este tipo tiene que insertarse en la más candente actualidad, en esta ocasión la pandemia de la COVID 19. Por ello, varias voces se ciñen a esta cuestión y muchas de las ya redactadas sobre materias distintas se han revisado por sus autores para acercarlas todo lo posible y deseable a la problemática que tiene su raíz en la pandemia.

Nuestra Academia ofrece lo que tiene y lo que ha conseguido convocar. Somos conscientes de sus posibilidades de mejora, pero estamos confiados en su utilidad y es un servicio semejante el que justifica hoy el ser y el quehacer de nuestra Institución como, al hilo de las circunstancias, lo ha hecho durante el ya largo siglo y medio de nuestra existencia.

Miguel Herrero y Rodríguez de Miñón
Presidente de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas

PROPÓSITOS Y CRITERIOS DE UNA ENCICLOPEDIA ACADÉMICA PARA EL SIGLO XXI, CON UNA REFLEXIÓN SOBRE EL TIEMPO POSTERIOR A LA COVID 19

Por origen y naturaleza, las Ciencias Morales y Políticas se caracterizan por su vocación enciclopédica. Las Academias, con sus antecedentes clásicos y renacentistas, son secuelas de la Ilustración, primero, y luego del positivismo, y surgen a medida que las distintas ramas del conocimiento alcanzan la madurez científica. El siglo XIX fue «una gran época para los hechos», escribe E. H. Carr, pero también lo podrían haber escrito Ranke, Spencer o algún jurista seguidor de las *Pandectas*. En ese contexto nacen las Academias de Morales y Políticas, la nuestra en 1857: hay entonces unas cuantas ciencias en pleno proceso de formalización, unas de larga trayectoria y otras surgidas para dar respuesta a los retos de la sociedad industrial. Desde entonces y hasta hoy mismo, esta Real Academia es alérgica a la «barbarie» del especialista que denunciaba Ortega. El objetivo no es saber cada vez más detalles sobre asuntos cada vez menos relevantes. Se trata, muy al contrario, de plantear perspectivas de media y larga distancia; situar los problemas del día a día en el Espíritu de la Época y, en fin, apuntar soluciones razonables sin caer en dogmatismos ni arriesgar en falsas profecías.

Esta *Enciclopedia de las Ciencias Morales y Políticas para el siglo XXI* es un proyecto colectivo que el coordinador del volumen ha puesto en marcha gracias a la participación de muchos académicos y colaboradores externos de alto nivel. No es ni pretende ser un «Diccionario» de carácter exhaustivo y puramente técnico: ya existen obras muy valiosas con tales características en el mercado editorial en lengua española. El objetivo es muy diferente: se trata de hacer balance y plantear perspectivas de futuro. La preposición PARA tiene aquí un sentido aristotélico, según la metáfora del arquero que lanza su flecha hacia el horizonte. El siglo XXI ha cumplido la quinta parte de su ciclo histórico y nos ofrece más dudas que certezas. Vivimos en un mundo entre *ex* y *post* que no acertamos a nombrar con suficiente rigor. Tiempo de anarquía conceptual y realidades confusas, pero ciertamente envidiable si lo comparamos con épocas recientes o pretéritas a efectos de dignidad humana, recursos económicos y estabilidad social y política. Sin embargo, los tiempos apuntan «a peor», y conviene acertar cuanto antes con el diagnóstico y ofrecer algunos remedios sensatos.

Estamos ante una obra colectiva y plural en todos los aspectos. La pretensión de escribir un tratado de Geometría resulta ajena por definición al ámbito de las Cien-

cias Políticas y Jurídicas, objeto de este volumen. No obstante, hemos hecho un esfuerzo notable por armonizar los elementos formales: extensión de las voces, dentro de un marco flexible en función de la materia; referencias bibliográficas básicas y actualizadas, que permiten al lector interesado ampliar sus fuentes de información; sistema de remisiones, particularmente ágil en la versión digital, etc. Cada autor es responsable de la información que aporta y de la opinión que sostiene. El coordinador responde de la selección de los autores, cuya relevancia queda de manifiesto para cualquier persona medianamente informada. Participan miembros de esta RACMYP y de otras ilustres Reales Academias del Instituto de España; catedráticos y otros profesores de Universidad; altos funcionarios de los cuerpos más prestigiosos del Estado; profesionales reconocidos en su ámbito correspondiente, etc. Contamos igualmente con la presencia de distinguidos colegas iberoamericanos, siempre bienvenidos a nuestra institución.

Ni que decir tiene que la pluralidad ideológica es un rasgo distintivo de cualquier trabajo académico digno de ese nombre. Se ha pretendido también abrir un espacio de colaboración para generaciones más jóvenes de investigadores y estudiosos. Corresponde al usuario de esta Enciclopedia reconocer los méritos y criticar los deméritos de nuestro proyecto editorial.

Naturalmente, las más de trescientas voces de que consta este tomo dedicado a las Ciencias Políticas y Jurídicas (sección II de esta Real Academia) son heterogéneas por definición y exigen métodos y enfoques diferentes. No es lo mismo, y pongo un solo ejemplo entre muchos posibles, escribir sobre «Globalización» que sobre conceptos jurídicos decantados ya desde el Derecho romano. La propia distinción entre Ciencias Políticas y Jurídicas es puramente convencional. Hay cosas evidentes y otras discutibles. Contamos con las críticas razonadas de los lectores para mejorar cuanto sea preciso en la versión digital o en futuras ediciones de formato papel.

Debo también dar cuenta de las deudas de gratitud contraídas con muchas personas. Ante todo, con mis colegas de Academia, muy especialmente con nuestro presidente, Miguel Herrero y Rodríguez de Miñón, por su impulso determinante para el éxito del proyecto. Colaboran aquí muchos miembros de la RACMYP y otros lo harán, si así lo desean, en sucesivas entregas en las secciones de Filosofía, Ciencias Sociales y Economía. Gracias a todos los que han apoyado la ardua tarea del coordinador, y también a quienes han sido críticos o escépticos sobre la utilidad de una Enciclopedia en pleno siglo XXI: como es notorio, la discrepancia intelectual es seña de identidad de una corporación como la nuestra.

Gracias muy sinceras igualmente a Alicia Segovia, brillante abogada del Estado y también politóloga, por su labor eficaz y desinteresada. Lo mismo digo respecto a Pablo Ramírez, responsable técnico de la edición y excelente profesional en su calidad de bibliotecario de esta Real Academia. La oficial mayor May Huertas y todo el equipo administrativo de la Casa merecen reconocimiento y elogio. El Boletín Oficial del Estado, en su condición de Agencia Estatal, garantiza la calidad de la edición y su adecuada distribución. Es mérito del equipo dirigido por Manuel Tuero, servidor público profesional y eficiente.

Si el lector encuentra en esta Enciclopedia algunas pistas para orientar el rumbo en la encrucijada del siglo XXI habremos cumplido con holgura nuestro propósito.

* * *

Y de pronto llegó la pandemia. Cuando este volumen estaba camino de la imprenta, nuestras vidas sufrieron una brusca conmoción. Nuevas preocupaciones, antes remotas o insospechadas: confinamiento, estado de alarma, teletrabajo, clases on line, reuniones telemáticas... Acaso el anticipo de una sociedad virtual, bajo la amenaza de una grave crisis económica y de un desafío (cierto, aunque todavía poco definido) al Estado constitucional. El problema afecta, como es notorio, a todos los países, y a España sin duda con sus propias singularidades. De hecho, la primera reflexión resulta muy preocupante: la pandemia es global por definición, pero la respuesta por ahora es puramente local.

La Enciclopedia que promueve esta Real Academia no puede ser ajena a los primeros indicios de este mundo nuevo. Se incluye por ello una sección específica sobre las «perspectivas» de la COVID-19 (económicas, éticas, internacionales, jurídicas, laborales, políticas, sociológicas), a cargo de académicos de número de nuestra corporación. También se han adaptado algunas voces ya elaboradas, mediante reflexiones adicionales a cargo de los autores. Siguiendo el sabio consejo de Alexis de Tocqueville, intentamos ver algo de luz «a través de las tinieblas que ocultan el porvenir».

Benigno Pendás
Vicepresidente de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas

PANDEMIA COVID-19

PANDEMIA: PERSPECTIVA ECONÓMICA

Como mínimo a corto plazo, la crisis económica provocada por la pandemia del coronavirus es la más grave desde la Gran Depresión o, en el caso español, desde la Guerra Civil. Las estimaciones de diversas instituciones en mayo hablan, para 2020, de una caída del PIB mundial el torno al 10% y de un fuerte efecto sobre el empleo que, en el caso español, podría superar el 12% y llevaría la tasa de paro por encima del 20%.

Además de su intensidad, la crisis tiene características nuevas respecto a sus grandes predecesoras. La crisis de 1929 fue una crisis de demanda; la del crudo iniciada en 1973 lo fue de oferta, y la más reciente de 2008 fue una crisis financiera que, más tarde, contagió al sector real. Pero la crisis actual afecta simultáneamente al consumo y a la inversión (demanda agregada) y a la producción (oferta). En consecuencia, nos enfrentamos a un proceso de destrucción de demanda agregada y oferta total, nuevo tanto por su virulencia como por la rapidez de su generación, un escenario económico desconocido.

Por otra parte, no debe subestimarse el riesgo de que la crisis contagie al sector financiero. El aumento de la morosidad es inevitable habida cuenta de que muchos parados y empresas no podrán hacer frente a sus obligaciones financieras, y la banca española tiene capacidad para hacer frente a un 8,2% de impagos, por lo que, si los saldos de «dudoso cumplimiento» superaran, como algunos vaticinan, el 13% podría haber problemas de solvencia. El aumento del ahorro precautorio y la caída de la inversión también serán factores negativos.

Las estimaciones generalmente aceptadas, muy volátiles, indican que a finales de 2022 se alcanzará un PIB entre un 3% y un 5% inferior al de diciembre de 2019. Por tanto, la recuperación habrá de esperar a 2023, aunque esto dependerá en gran medida de cómo se diseñen y apliquen las medidas de política económica.

Algunos factores adicionales afectan negativamente a la economía española. En primer lugar, las medidas de confinamiento se encuentran entre las más severas, lo que tiene una clara justificación sanitaria, pero acarrean una mayor caída a corto plazo de la producción y el empleo. En segundo lugar, la estructura productiva española presenta una alta concentración en sectores sensibles al movimiento de personas (turismo, hostelería, construcción y automoción aportan el 45% del PIB) que son los más afectados por el confinamiento. En tercer lugar, el margen de actuación fiscal es más estrecho que el

de otros países por el elevado déficit público (el mayor de la Unión Europea junto con Francia), y aunque el montante de deuda pública es menor que el de países como Italia o Grecia, alcanza el 100% del PIB y las emisiones de 2020 serán al menos el 50% mayores que las de 2019, superando los 300.000 millones de euros. Por último, la situación del paro antes de la crisis es la peor de la UE, solo superada por Grecia.

Tres son las prioridades esenciales en la lucha contra la crisis.

La primera prioridad es *aumentar la capacidad sistema sanitario público*.

Sea cual sea la estrategia sanitaria (supresión, es decir alcanzar un número reproductivo $R < 1$, o mitigación, R pequeño pero >1) lo más peligroso es colapsar el sistema sanitario. Este no es un objetivo temporal, sino permanente por dos motivos. El primero, que el virus actual es muy posible que presente dos oleadas más, aunque de intensidad decreciente: tras el descenso del verano a finales del próximo otoño y de nuevo a finales de 2022 si no se ha encontrado una vacuna. Pero, además, las pandemias futuras serán más frecuentes por el tráfico de animales, la masificación de las ciudades, los efectos del cambio climático, los viajes rápidos a larga distancia, y la ocupación de zonas con patógenos desconocidos. La crisis ha puesto de manifiesto que las reducciones de inversión en los sistemas sanitarios públicos de los últimos años, favorecidas por gobiernos que perseguían como objetivo principal una rápida consolidación fiscal, tienen unos costes sociales, y a la larga económicos, enormes.

Si no se hacen las cosas bien podemos encontrarnos con un medio-largo plazo muy negativo: nuevas pandemias, carencia de vacunas en años, medicamentos caros y racionados y fuerte aumento de las cuotas de los seguros médicos (esencial para países que no tienen sistema público).

La segunda prioridad es *sustituir ingresos familiares perdidos*.

Esto implica, aparte el funcionamiento de los estabilizadores automáticos, fuertes transferencias mientras dure la crisis a las personas no cubiertas por otras prestaciones públicas (autónomos, empleados del hogar), es decir, se trata de cubrir a quienes habrían tenido empleo de no ser por la pandemia.

La tercera prioridad es *facilitar la supervivencia de empresas* hasta que la actividad vuelva a recuperarse.

El objetivo es cubrir los costes del cierre de actividad. La parte importante esencial de los costes variables se cubre mediante los Expedientes de Regulación Temporal de Empleo, que cuando esto se escribe afectan a 3,5 millones de trabajadores en España. Otros costes variables no será preciso cubrirlos al no existir actividad. Pero las empresas que tengan significativos costes fijos necesitarán ayudas adicionales, que podrán tomar la forma tanto de subsidios, bien de créditos avalados, posiblemente a largo plazo e interés nulo, como de posposición, no condonación, de pagos al sector público.

Todas las iniciativas descritas apuntan a una muy fuerte expansión del gasto público, de cuantía desconocida hasta ahora (los Estados Unidos estiman un déficit público

del 19% en 2020 y España por encima del 12%) en una situación de ingresos disminuidos por la menor actividad y las bonificaciones y exenciones temporales de ingresos públicos instrumentadas como medidas de choque.

La política monetaria tiene poco que hacer en la situación actual, salvo ayudar a financiar los déficits ligados a la lucha contra la pandemia de una vez por todas hasta recuperar los niveles de empleo y producción de finales de 2019. Como es obvio, el argumento típico de los peligros de la inflación es irrelevante: tenemos tasas cercanas a cero y los costes de un 2 o 3% de inflación (con una distribución sectorial no simétrica) son despreciables comparados con los de niveles de desempleo por encima del 20%. Y, además, en la Unión Europea debe ser una financiación mutualizada de alguna forma, la más fácil y obvia, emitir deuda perpetua a tipo cero que sería adquirida por el Banco Central Europeo (BCE) y mantenida indefinidamente en su balance. El problema legal (el BCE no puede actuar en mercados primarios) es subsanable adquiriendo la banca privada estos bonos a su emisión y comprándoselos el BCE. Además, esto no afectaría a las primas de riesgo nacionales de forma asimétrica. Conviene recordar que se empezó a señalar la necesidad de mecanismos de mutualización de la deuda de la UE en 2010, y no se ha dado paso alguno en la última década. Además, esta forma de financiar gasto público extraordinario sería una buena forma de hacer frente al problema de la distribución entre clases sociales y entre generaciones de los costes de la lucha contra la pandemia sin aumentar la desigualdad.

Como puede constatarse, el aumento del gasto público debería seguir algunos principios. El primero, *concentrar los recursos en las acciones prioritarias*: en una crisis como la actual, el café con leche para todos es un despilfarro y no permite hacer frente a los problemas esenciales: no se trata de reponer rentas a todas las personas, sino a aquellas cuya pérdida se deriva de la crisis; no se trata de subvencionar a todas las empresas, sino de ayudar a las que no pueden sobrevivir temporalmente sin actividad. El segundo principio es que *las ayudas deben ser temporales y poco condicionales*: hasta que se recuperen las condiciones precrisis. El tercero que *el aumento del gasto público debe ir encaminado a paliar los efectos de crisis, no a financiar nuevos programas permanentes*, aunque puedan ser muy deseables como, por ejemplo, una renta mínima o la mejora de la productividad de las empresas. Estas nuevas acciones han de poder financiarse con presupuestos ordinarios.

Inicialmente, la UE movilizó fondos del MEDE en condiciones de mercado, lo que era claramente insuficiente y con posiciones muy enfrentadas entre si el instrumento adecuado eran las subvenciones (Francia, Italia, España) o los préstamos (Holanda, Alemania), que no resolverían nada.

El gran plan de recuperación se aprobó en verano. Por una parte, se creó un mecanismo de recuperación y resiliencia dotado con 560.000 millones, de los que 310.000 son subvenciones y 250.000 préstamos. Además, en el marco del largo plazo (periodo 2021-2027) se ha aprobado un gasto de 1,8 billones, de los que 1,1 serían de refuerzo de los presupuestos europeos del periodo y 750.000 millones para el plan denominado *Next Generation*, que se financiará en los mercados emitiendo deuda europea. Se trata del *plan más ambicioso* en la historia de la UE, aunque podría haberse ido un tanto más allá en lo relativo a la proporción subvenciones-préstamos para evitar que

ciertos países se vean condenados durante décadas a hacer programas de ajuste de magnitud desconocida hasta ahora, pagar primas de riesgo de tres dígitos y ver aumentar aún más la desigualdad. Pese a que el diseño del plan no es el más ambicioso posible, supone un avance muy importante y el inicio de la mutualización de cierto tipo de deuda comunitaria. Y una parte muy relevante de su eficacia dependerá de la calidad de los proyectos que se financien.

Y, una vez superada la crisis, nos encontraremos en un mundo distinto, porque los efectos económicos de la pandemia a largo plazo serán muy relevantes. Aquí solo cabe expresar opiniones y no certezas. Parece claro que habrá un retroceso en el proceso de globalización lo que, si se aprovecha bien y dados los sesgos del propiciado por el Consenso de Washington (es decir, el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial y el Departamento del Tesoro de Estados Unidos), puede ser positivo, dando posibilidades de adaptación específicas a los países que se han visto más perjudicados. Y también un mayor peso del sector público en las actividades privadas: en las guerras hasta los neoliberales se convierten al keynesianismo. Las formas de trabajo serán muy distintas y el mundo será más digital y menos analógico, lo que implica cambios sociales, políticos, educativos y jurídicos que se analizan en otras entradas de la Enciclopedia. Sus efectos sobre la desigualdad y las generaciones futuras serán el gran reto económico de nuestro tiempo.

Julio Segura Sánchez
Académico de Número de la
Real Academia de Ciencias Morales y Políticas
Catedrático de Análisis Económico

PANDEMIA: PERSPECTIVA ÉTICA

Las pandemias, como la actual, tienen consecuencias sanitarias, sociales y económicas, a las que los países deben hacer frente con distintas medidas desde un *êthos,* desde el carácter que han ido forjándose antes de la crisis y a lo largo de ella. El presente y el futuro no se improvisan, sino que se gestan en las decisiones de la vida cotidiana que van conformando ese *êthos.* De esto quiere tratar este artículo, de algunos rasgos del carácter que permitirían construir una mejor sociedad. Pero como, siguiendo a Maquiavelo, no se trata de soñar utopías, repúblicas imaginarias que nunca han existido y nunca existirán, lo más prudente es espigar –al modo de Hegel– las mejores tendencias que han ido surgiendo ante los problemas morales a lo largo de la crisis, y potenciarlas, debilitando a la vez las negativas. Ojalá que hubiéramos empezado mucho antes.

Evidentemente, el coronavirus ha puesto de nuevo sobre el tapete la fragilidad y la vulnerabilidad de las personas y de los países, que no somos autosuficientes, sino interdependientes, en el nivel local y en el global. Por eso los países deberían celebrar el «día de la interdependencia», por decirlo con Barber, porque entonces demuestran su madurez. En la lucha por la supervivencia no prosperan los más fuertes, los que intentan maximizar el beneficio a toda costa, sino los que apuestan por el apoyo mutuo. En la elección entre cooperación y conflicto, la primera es mucho más inteligente que el segundo, nacionalismos e independentismos son letales.

Por eso la ciudadanía en España ha reconocido diariamente a quienes han mostrado una vez más el poder de la solidaridad, la fuerza transformadora de la compasión, que han ejercido de modo admirable el personal sanitario, el Ejército, la Policía, la UME, el sector primario, las empresas que hicieron posible la subsistencia y las que reconvirtieron su producción para fabricar material sanitario o alimentar a grupos necesitados. Y, por supuesto, las organizaciones solidarias que siguieron en la brecha y las familias, auténticas redes de supervivencia. Sin todos ellos no solo el número de muertes hubiera sido mucho mayor, sino que el sufrimiento hubiera resultado insoportable. En la sociedad «poscoronavirus» reconocer el valor de todos ellos de modo fehaciente, y no solo con aplausos en los balcones, debería ir de suyo, como también cultivar el apoyo mutuo.

Pero como en el juego de las decisiones colectivas, los *free riders* –individuos o países– son inevitables, es preciso trabajar por una cierta gobernanza global que asuma responsabilidades por los bienes comunes.

Ciertamente, que la aparición del virus cogiera desprevenidos a todos los países, sin fármacos, sin vacunas, desconociendo su forma de actuar, de suerte que la improvisación ha sido la respuesta generalizada, evidencia que los riesgos son globales, pero no lo es la preocupación. Tampoco por desafíos inminentes como el actual, que en realidad fue la historia de una muerte anunciada, como tantos otros que quedan a la espera. La inversión en investigación científica para proteger vidas y el desarrollo de las medidas para salvarlas debería ser una prioridad.

Como también la consolidación y extensión de la democracia liberal-social, frente a quienes plantean un falso dilema entre libertad y seguridad. El presunto éxito de un Estado totalitario como China en salvar vidas de los suyos, estableciendo drásticas medidas de control, sugiere la disparatada idea de que los Estados autoritarios son más eficientes que las democracias para proteger vidas. Cuando lo cierto es que la opacidad del gobierno chino, que ocultó el surgimiento de la pandemia, multiplicó el número de muertes. La transparencia democrática es siempre superior al totalitarismo, fomenta el ejercicio de la libertad y permite además salvar vidas. La opacidad es represora e ineficiente. Algo que es muy importante recordar cuando se está produciendo la Tercera Ola de Autocratización, que alcanza a 92 países, el 54% de la población global, según el V-Dem Institute. Cultivar un *êthos* democrático es imprescindible, desde la defensa de la dignidad de todas las personas, sin diferencia de edad, capacidad o estatus social.

Tomar como norte esta defensa impidió tener que llegar a «decisiones trágicas» en las UCIs, excluyendo *a priori* a los mayores de ochenta años o a los discapacitados. Los recursos eran escasos, pero planificar y gestionar los disponibles, crear otros nuevos y derivar pacientes a otros lugares cuando fue necesario salvó muchas vidas sin poner en peligro otras. La heurística de la dignidad salva vidas y, en este caso, previene además frente a la gerontofobia, que es un riesgo de presente y futuro. Ocuparse realmente de los más vulnerables debería caminar en la misma dirección.

Porque no se ha puesto el mismo esfuerzo en evitar las muertes en el Mediterráneo estos últimos años. No nos han conmovido igual todas las muertes. Aunque bien que se contratan inmigrantes ahora para recoger las cosechas de las que nadie quiere hacerse cargo. La aporofobia sigue en la entraña, no interesa el que no puede devolver algo sustancioso a cambio. Por eso no se llevan a cabo proyectos tan bien diseñados como el de «¡Hogar, sí!», que permitiría acabar con el sinhogarismo. Cuando lo cierto es que la dignidad de las personas debería ser el hilo conductor de todos los proyectos presentes y futuros.

Proteger esa dignidad requiere sin ambages la sinergia entre los tres sectores sociales, el empresarial, el político y el ciudadano.

Ante la crisis social y económica, con aumento de la pobreza, caída y precarización del empleo, descenso de la productividad, peligro de las prestaciones sociales, la ética y la responsabilidad de las empresas se hace más necesaria que nunca, y será no solo justo por su parte, sino también prudente, mostrar su buen hacer. Ciertamente, se habla de que nos encontraremos ante un nuevo modelo económico y social, que «el capitalismo» se ha agotado por enésima vez, sin precisar si se trata del capitalismo comunista, el neoliberal o la economía social de mercado, y sin proponer ningún modelo alternativo.

Pero como el que ha mostrado mayor justicia y libertad es el tercero, es una exigencia de responsabilidad y prudencia que las empresas asuman el papel que les corresponde en el aumento de la productividad, en la creación de riqueza, material e inmaterial, y muy especialmente, en la creación de trabajo. En el marco de una economía social de mercado, que intenta propiciar crecimiento con equidad, como es propio del modelo europeo de justicia social, la empresa del futuro será social o no será. Acabar con el hambre, la pobreza y reducir las desigualdades es también una tarea de la actividad económica.

En este punto, la experiencia del teletrabajo, la teleducación y el «teleocio», que el confinamiento ha multiplicado hasta extremos insospechados, los muestra como una posibilidad de transformar el modelo productivo, con ahorro de movilidad, energías y mejora del medio ambiente. Es preciso tomarlos en consideración en serio, pero sin olvidar que la relación personal es insustituible y que no puede ser una excusa para reducir plantillas.

También el confinamiento ha sido una oportunidad, tal vez desaprovechada, de cultivar el mundo de la intimidad, aquel del que se habla en primera persona del singular y al que se tiene un acceso privilegiado. Aunque la interioridad se construye en diálogo con otros, en último término es cada persona la que ha de hacerse cargo de sí misma, artífice de su propia vida.

Y llegando ya al sector político, ojalá prenda en esa sociedad «poscrisis» que la responsabilidad es un valor inexcusable. Se habrían ahorrado muertes y sufrimientos si la Organización Mundial de la Salud hubiera cumplido con su deber de avisar de la pandemia a tiempo, ofreciendo protocolos de actuación. Como también si los políticos nacionales hubieran generado cohesión social desde un proyecto dialogado y compartido, llamado a resolver los problemas acuciantes, en vez de engolfarse en el regateo y en sus oportunistas disputas ideológicas, mirando por sus votos y no por el bien común, cultivando la polarización y el conflicto. La sensación de una continua improvisación en las medidas adoptadas les resta credibilidad, cuando la confianza es el principal capital social y ético de los países.

Ojalá una ciudadanía madura, una sociedad civil vigorosa, sea capaz de pensar y querer por sí misma, sin dejarse infectar por luchas partidarias, sin alimentarse de argumentarios, consciente de que en esta crisis y en todas las por venir será posible responder con altura humana desde la construcción de un «nosotros incluyente», reacio a la polarización, pero no solo por el tan manido «egoísmo ilustrado» de que «estamos todos en el mismo barco», sino porque nos importamos unos a otros. Estos son valores con futuro, los que se tejen desde la com-pasión y dan razones para la esperanza.

Adela Cortina
Académica de Número de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas
Catedrática de Ética y Filosofía Política
Universidad de Valencia

PANDEMIA: PERSPECTIVA INTERNACIONAL

Entre las consecuencias de la pandemia en el ámbito político y social cabe destacar el fortalecimiento de los Estados, la relocalización, la digitalización y la dualización. ¿Qué consecuencias tienen estas tendencias en el escenario internacional? Claramente la pandemia es un *acelerador de tendencias* ya conocidas, desgraciadamente negativas. Si tomamos perspectiva veremos que estamos en el «pico de la curva», el punto de inflexión, del tránsito de un mundo eurocéntrico y occidentalocéntrico, a un mundo centrado en Asia, que cancela definitivamente el predominio (la hegemonía) europeo. Una hegemonía que comenzó con las grandes navegaciones de altura (*iberian pioneers*) españoles y portugueses, continúa con la Revolución científica del xvii y la industrial del xix, alcanza su cumbre a comienzos del xx, pero comienza a involucionar con las dos guerras mundiales (guerras civiles europeas, suicidio de Europa), que dan lugar a una descolonización (la de los Imperios europeos), pero a una nueva colonización: la de la misma Europa, por dos potencias extra-europeas (Estados Unidos y Rusia). Y así comienza la emergencia de los nuevos países, a finales del pasado siglo, que estalla en este, y que continuará. Podemos fijar una fecha simbólica del «pico de la curva» en abril del 2014 cuando el *Financial Times* publicó en su portada que ese mismo año la economía china, medida en PPA, superaría a la de Estados Unidos.

Y desde entonces el mundo «pivota» hacia Asia, término que utilizaron Obama y Hillary Clinton para aludir al giro estratégico de Estados Unidos, desde el Atlántico (y Europa), al Pacífico y China, inaugurando así un juego estratégico, entre una potencia declinante y una potencia emergente (trampa de Tucídides), vector geoestratégico que articula el mundo, y del que el presidente Trump es al tiempo causa y efecto. La totalidad de África y buena parte de Latinoamérica y el Caribe han pivotado también hacia China desde el punto de vista económico y comercial. Mientras, Europa vacila, pues no quiere ni puede abandonar a Estados Unidos, pero tampoco puede ningunear a China.

Esto estaba todo ocurriendo ya antes de la pandemia, pero esta lo acelera.

1. Para comenzar porque la pandemia no ha sido el Chernobyl de China. Y no tanto porque gane ella sino porque pierde Estados Unidos. Cierto, China gana algo que no tenía, que es *soft power*, ha ganado «el relato», aunque pueda que no se lo merezca, y a pesar de los intentos de Trump de estropearlo. Pero Estados Unidos sí ha

perdido el relato lamentablemente, hasta el punto de que Trump que iba a ganar claramente las próximas elecciones, ahora puede que acabe perdiéndolas.

2. En segundo lugar, gana también Asia en su conjunto, mientras pierde Europa. Corea, Japón, Taiwán, Singapur, han gestionado la pandemia de modo mucho más eficientes y con menor coste que Italia, España, Francia, incluso Reino Unido. Y Asia gana en dos sentidos. Gana culturalmente, pues el colectivismo asiático se muestras más eficiente que el individualismo occidental. Y gana por las consecuencias económicas que eso va a tener, pues Asia, que ha sufrido menos, se está recuperando antes.
3. En tercer lugar, Rusia muestra a las claras que es una potencia sobrevalorada, «potencia regional», como dijo Obama para gran enfado de Putin. Pues, como decía Bacon del Imperio español, es un árbol demasiado frondoso para tan escasas raíces. Rusia es un país con enormes debilidades: una demografía casi catastrófica, un PIB similar al de Italia, pero con 140 millones de habitantes (y una desigualdad escandalosa), todo ello dependiendo del precio que los mercados marquen al gas y el petróleo. Pero la crisis del petróleo del 2020 (caída brusca de la demanda e incapacidad del *lobby* para reducir la oferta) hunde sus escasos recursos. Algo que, por cierto, afecta a todos los petro-estados (como Irán, Arabia o Venezuela).
4. Finalmente, la pandemia ha afectado duramente a la UE y, como Rusia, deja claro que fue un sueño lo que en su momento (crisis de Irak) creyó posible: que podía ser una alternativa *soft* a la hegemonía americana. No va a serlo, porque no puede, y además porque no quiere, no tiene esa ambición. La UE puede ser un actor, lo es sin duda, pero mediando entre Estados Unidos y China, haciendo de hombre bueno, *go-between*. Pero cuidado: comprendiendo a China y frenando a Estados Unidos, pero siempre al lado de los americanos. En el fondo, si Estados Unidos es el policía malo, la UE es el policía bueno.

La UE ha sido un gran éxito histórico, pero desde al menos el año 2004, se le acumulan una crisis tras otra. No había acabado de digerir la ampliación (que se hace evidente en Hungría y Polonia), y tras el fracaso del *non nato* Tratado Constitucional (rechazado por Francia y Holanda), se enfrenta a la Gran Recesión, tras ella la crisis de los refugiados, luego el Brexit y, finalmente, la pandemia. Todo ello le lleva a perder *momentum*, inercia positiva. Y las tensiones internas se aceleran. Añadamos el confuso papel de la UE en la lucha contra el virus pues no tiene competencias. De ahí, tres consecuencias.

a) Una respuesta inicial de agresivo neo-nacionalismo con cierre de fronteras Schengen, requisas de material y falta de colaboración. La reacción «natural» es un regreso al Estado, a la soberanía, y no a la solidaridad.

b) En segundo lugar, se refuerza la tendencia a hacer de la UE una unión de Estados y no una fusión de soberanías. Y el carácter inter-estatal debilita a la Comisión y potencia al Consejo (y margina al Parlamento).

c) Finalmente, y desde el punto de vista económico, la pandemia es un *shock* simétrico, pero con fuerte impacto asimétrico. El sur depende más del turismo, del ocio; está mucho más endeudado; y el teletrabajo está más extendido en el norte. De modo que la economía del norte sufre menos y se recupera antes. Todo ello acentúa la diferencia norte-sur, que ya se arrastraba desde la Gran Depresión, y el norte ve un serio riesgo moral en ayudar al sur, mientras este

insiste en la necesidad de mutualizar la deuda. *[No obstante, la percepción social de la respuesta de la UE ante las secuelas económicas de la pandemia ha mejorado sensiblemente tras el acuerdo alcanzado en la «cumbre» del pasado mes de julio].*

5. Finalmente, Latinoamérica, al igual que África, muestra sus debilidades una vez más. No está ni se la espera, ni es problema para el resto, ni tampoco solución, de modo que resulta irrelevante. Y a la crisis política y económica, que ya vivía, se une la sanitaria.

En resumen, aceleración poderosa de tendencias ya conocidas, pero que llevan a un mundo más centrado en Asia, más inestable políticamente, tanto dentro como fuera de los Estados / países, y más desigual e injusto económicamente. Un evento desgraciado como la pandemia no podía tener consecuencias positivas.

Emilio Lamo de Espinosa
Académico de Número de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas
Catedrático Emérito de Sociología
Presidente del Real Instituto Elcano

PANDEMIA: PERSPECTIVA JURÍDICA

Dicen los autores clásicos que el Derecho de excepción actúa *contra tenorem rationem* (Paulo). Así pues, es un Derecho *ocasional*, cuyo único objeto es regular situaciones anómalas y carece por ello de fuerza expansiva. Esta es la primera y principal consecuencia jurídica de la multitud de normas (demasiadas, como siempre) aprobadas a partir de la declaración por el Gobierno del estado de alarma (R. D. 436/2020), varias veces prorrogado y aplicado después en un ámbito territorial limitado (R.D. 900/2020). Las normas excepcionales pierden no solo validez y eficacia, sino también *legitimidad*, cuando termina la situación de emergencia. Cualquier pretensión de prolongar su letra o su espíritu más allá de las circunstancias que las justifican (en este caso, la pandemia derivada de la COVID-19) resulta inaceptable desde el punto de vista del Estado constitucional. Hecha esta advertencia, compartida por cualquier jurista serio, cabe apuntar algunas pinceladas sobre las cuestiones constitucionales –en sentido amplio– que plantea esta situación insólita. Se trata, claro está, de un simple índice de materias que deben ser objeto de estudio con rigor y mesura: las palabras gruesas contribuyen al desasosiego de una sociedad ya muy alterada en el disfrute de su paz jurídica. Por razones obvias, las referencias doctrinales remiten a colaboraciones en los medios, *blogs*, debates por vía telemática, monográficos de urgencia en revistas jurídicas (entre ellas, *El Cronista* y *El Notario del siglo xxi*) y fórmulas similares. Está pendiente todavía un análisis en profundidad: el «modesto» estado de alarma (art. 116 CE y L. O. 4/1981) solo había suscitado cierto interés a propósito de los controladores aéreos y ahora, en cambio, es el tema de nuestro tiempo en el ordenamiento jurídico español, con repercusión en todas las ramas del Derecho. Vamos a distinguir:

A) Respecto del *Estado social*:

– La Constitución económica (también la europea, no se olvide) exige libertad de empresa en el marco de la economía de mercado (art. 38 CE), sin perjuicio de habilitar a los poderes públicos con los instrumentos propios del Estado de Bienestar (título VII), seña de identidad de la democracia constitucional a estas alturas del siglo XXI. En términos muy expresivos de Muñoz Machado, cada uno puede escoger «la cantidad de Estado» que prefiera dentro del límite insuperable que impone la Norma Fundamental. Por lo demás, la tentación (aunque sea hipotética) de plantear la titularidad y/o la gestión pública de empresas y servicios exige hacer cuentas y no bastan los discursos inspirados por ideologías fallidas.

– Por la misma razón, habrá que examinar con prudencia los efectos económicos de la «renta mínima» universal, la política sobre alquiler de viviendas o la multiplicación de subvenciones. Las perspectivas son muy preocupantes, porque también hay derechos fundamentales en juego, cuya *ponderación* debe aquilatarse al máximo. La interpretación por jueces y tribunales, especialmente por el Tribunal Constitucional, acerca de la *proporcionalidad* de las medidas adoptadas y de los principios conexos de adecuación e intervención mínima (V. Álvarez) es una clave jurídica que resulta aventurado anticipar. Lo mismo ocurre, por supuesto, con las medidas posteriores al Derecho de excepción.
– En este contexto, las propuestas renovadas para «elevar» de rango algunos «principios rectores de la política social y económica» (ante todo, el art. 43, derecho a la salud) incurren una vez más en el deseo imposible de «hacer cosas con palabras». Ni es el momento para un debate sobre reforma constitucional, ni abrir el amparo a ciertos derechos hoy excluidos cambia para bien o para mal el panorama sanitario; si acaso, puede tener el efecto negativo propio de las expectativas insatisfechas.

B) En cuanto al *Estado democrático*:

– Primero, la adecuación del estado de alarma como instrumento jurídico para hacer frente a la crisis. El art. 4 de la Ley 4/1981 lo deja muy claro, en principio: «alteraciones graves de la normalidad», entre ellas: «b) crisis sanitarias, tales como epidemias...» Las autorizaciones al Gobierno por parte del Congreso de los Diputados se han producido en tiempo y forma, si bien con mayorías políticas sorprendentes (lo cual es jurídicamente irrelevante). El problema reside en la afectación (hecho concluyente: patente, incuestionable) de algunos derechos fundamentales. La Ciencia del Derecho vive bajo la tiranía de los conceptos jurídicos indeterminados, imposibles de reducir a la homogeneidad a pesar de brillantes interpretaciones doctrinales. El impacto del estado de alarma sobre el art. 19 CE (libertad de residencia y circulación) ¿es una suspensión o una mera limitación? Los efectos prácticos son los mismos, pero la exigencia de cumplir con los derechos humanos es inherente al respeto que se debe a sí misma una democracia constitucional. Predominan entre los constitucionalistas las opiniones críticas (por todas, M. Aragón Reyes: «exorbitante»), aunque no faltan defensores del criterio gubernamental (P. Cruz Villalón, T. Quadra-Salcedo). Parece dudoso que algunas prohibiciones tengan cobertura jurídica suficiente. El TC tendrá que pronunciarse en su día, y en la primera oportunidad (indirecta: amparo no admitido a trámite por causa del derecho de manifestación) dejó patente que los criterios no son unánimes. Veremos cómo se interpreta la prudente fórmula «estrictamente indispensables». La opción por el estado de excepción, impecable desde el punto de vista de la suspensión de derechos, carece de idoneidad en términos objetivos: está concebido para alteraciones de orden público de naturaleza política. El debate es muy relevante para el futuro del Estado democrático. Habrá que plantearlo a fondo y sin reservas mentales.
– Sobre las relaciones entre Gobierno y Parlamento, la rectificación ha llegado más o menos a tiempo. Frente al «cierre» de los primeros días (política y jurídicamente difícil de justificar), el Congreso de los Diputados ha pasado a funcionar *casi* con normalidad, en el Pleno y en algunas Comisiones. Una vez más, el Senado ha perdido la oportunidad de ejercer su condición de Cámara territorial, aunque la Comisión General de las Comunidades Autónomas celebró una sesión con escasa reper-

cusión pública. Como siempre, el problema no son las normas, sino la falta de voluntad política.

- No hay Estado democrático sin libertad de expresión. Nunca hay buenos argumentos para eludir la crítica social y política o para orientar las preguntas en una rueda de prensa o para inaplicar la Ley de Transparencia. El límite de esta preciada libertad es únicamente el Código Penal, y ahí debe tener soporte la lucha contra las *fake-news*, una secuela lamentable de las tecnologías de la comunicación, pero no por ello susceptible de censura ni de controles preventivos. Para sancionar los delitos está la jurisdicción penal.
- Aplazar elecciones ya convocadas parece una medida sensata y proporcionada, aunque su cobertura legal sea imprecisa. Véase, como ejemplo negativo, la celebración de la primera vuelta de las elecciones locales en Francia; la segunda no llegó a celebrarse en la fecha prevista.

C) Acerca del *Estado de Derecho*

- Fuentes del Derecho, seguridad jurídica, jerarquía de las normas: si ya el decreto-ley tiene límites infranqueables (86 CE) más todavía lo tienen las diversas manifestaciones de la potestad reglamentaria, en particular las órdenes ministeriales, cuyo ínfimo rango no permite regular situaciones más allá del Derecho de la organización administrativa. Es muy probable que no todas las disposiciones (confusas y prolijas, como de costumbre) dictadas durante el estado de alarma superen un *test* de identidad. No solo es cuestión de técnica normativa, sino de calidad democrática del ordenamiento jurídico.
- El llamado (exageradamente) colapso de la Justicia exige soluciones eficaces a partir de un alto grado de consenso, político y profesional: una resolución tardía con todas las garantías es mejor que una solución precipitada que puede dar lugar a un aluvión de recursos.
- Es más que probable una carga adicional de trabajo para todos los órganos jurisdiccionales derivada de situaciones jurídicas nacidas durante la vigencia del Derecho de excepción. Unos pocos ejemplos: prevaricación y, en el extremo, homicidio involuntario, en la jurisdicción penal; «fuerza mayor» para la responsabilidad patrimonial o error de prohibición sobre sanciones administrativas, en el contencioso-administrativo; múltiples y muy serios problemas (ERTE y un largo etcétera) en la rama social de la jurisdicción; testamentos y contratos en el ámbito civil.

D) En materia de *organización territorial*:

- El estado de alarma ha supuesto el impacto más significativo en la división vertical de poderes desde que entró en vigor la Constitución de 1978. Sorprendentemente, ha sido mucho más relevante para las competencias autonómicas que la aplicación reciente del art. 155. A pesar de expresiones poco afortunadas como «mando único», el Gobierno (en sus múltiples y confusas formaciones orgánicas) ha ejercido las atribuciones excepcionales sin resistencia jurídica alguna, y con menos protestas políticas y mediáticas de las que cabía imaginar. Algunas Comunidades gobernadas por partidos de ámbito nacional han sido incluso más reivindicativas que Cataluña o el País Vasco. El caos inicial derivó tras la declaración de alarma en una política más o menos acertada, pero coherente desde el punto de vista territorial. No obstante, la

etapa llamada de «cogobernanza» pone de manifiesto la fragilidad de los mecanismos de coordinación: lo sabíamos hace tiempo y lo hemos comprobado en el peor momento. Si falta voluntad para el diálogo político, ningún instrumento jurídico es adecuado. Ojalá aprendamos la lección para el futuro. En el ámbito internacional, salen reforzadas las instituciones *con* soberanía (es decir, los Estados) frente a los ámbitos supra e infraestatales. La pandemia es universal por definición, pero la respuesta ha sido rigurosamente estatal, cada uno con sus singularidades.
- Una última cuestión: a mayor gloria de Javier de Burgos, la provincia vuelve a contar (aunque sea de forma efímera) como ámbito territorial de las políticas públicas y no solo como circunscripción electoral. Un aval insospechado para las opiniones provincialistas frente a sus adversarios por razón de nacionalismo o de eficiencia económica.

Después de la COVID-19, volverá la normalidad jurídica. Quien pretenda cambiar las reglas del juego tiene a su disposición los procedimientos previstos para la reforma constitucional. Pero debe quedar muy claro que, en una sociedad civilizada, *antes*, *durante* y *después* del estado de alarma los ciudadanos y los poderes públicos «están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico» (art. 9.1 CE).

Benigno Pendás
Académico de Número y Vicepresidente de la
Real Academia de Ciencias Morales y Políticas
Catedrático de Ciencia Política de la Universidad CEU-San Pablo
Ex Director del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales

PANDEMIA: PERSPECTIVA LABORAL

El Gobierno declaró el estado de alarma en todo el territorio nacional por R.D. 463/2020, de 14 de marzo, prorrogado con la preceptiva autorización parlamentaria en sucesivas ocasiones (art. 116.2 CE) y con ámbito territorial limitado por R.D. 900/2020. La declaración del estado de alarma tuvo un inmediato impacto restrictivo de la libertad constitucional de circulación de las personas por las vías de uso público, que no alcanzó a los desplazamientos individuales a los lugares de trabajo, profesionales y empresariales para la realización de las prestaciones correspondientes, y el retorno a la residencia habitual. Limitó la libertad constitucional de empresa y el derecho constitucional al trabajo prestado presencialmente en numerosos sectores de actividad, lo que redundó en la intensidad de la restricción del derecho de libre circulación. Al tiempo, las medidas decretadas mantuvieron la obligación de trabajar presencialmente, o la ampliaron, en sectores y actividades esenciales, y recurrieron a contrataciones y reincorporaciones de personal excepcionales al reforzar el sistema nacional de salud y el de servicios sociales, también al asegurar el abastecimiento de bienes de primera necesidad para la población.

La severa contención de la actividad económica puso en tensión los instrumentos y normas del Derecho del Trabajo (DT) y tuvo el efecto inmediato de un crecimiento del desempleo fulgurante y altísimo en la segunda quincena del mes de marzo –cerca de un millón de puestos de trabajo destruidos en catorce días– lo que nos devolvió de un golpe a la profunda crisis financiero-económica de 2008, de la que nos ha separado la rapidez de la devastación laboral producida por la COVID-19.

El DT ha demostrado contar con instrumentos flexibles y eficaces para enfrentarse a esta situación inédita, algunos procedentes de la reforma de 2012 y otros de mayor antigüedad en nuestro ordenamiento. Ha necesitado, no obstante, del dictado de una serie de disposiciones extraordinarias para afrontar las consecuencias laborales de la pandemia y adaptar parcialmente su funcionamiento y sus funciones a una situación de emergencia nunca vivida e imprevisible.

En la crisis sanitaria, el DT no se ha comportado como un Derecho «de» la emergencia, que introduce reformas normativas con proyección de futuro para atenderla. A diferencia de las emergencias provocadas por las crisis económicas del pasado siglo y por la financiera global de la primera década de este, el DT ha desarrollado en esta medidas extraordinarias temporales para amortiguar sus efectos para empresas y trabajadores

en una emergencia cotidiana y, en principio, efímera. No ha sido un Derecho «de» la emergencia, sino un Derecho «en» la emergencia en tiempo real.

Ese DT *en* la emergencia se configuró inicialmente con un carácter complementario para afrontar las consecuencias empresariales, laborales y sociales de la gravísima crisis sanitaria. Evolucionó durante la mayor extensión de la pandemia hacia su utilización cuestionable como instrumento de consecución de la finalidad esencial del estado de alarma, la limitación de la libertad de circulación de los ciudadanos, al imponer la «hibernación» de la economía a través de un permiso retribuido recuperable de disfrute obligatorio entre los días 30 de marzo y 9 de abril para los trabajadores por cuenta ajena presenciales de actividades no esenciales (R.D.L. 10/2020, de 29 de marzo, «con el fin de reducir la movilidad de la población en el contexto de la lucha contra el COVID-19»).

En todo caso, el DT ha manifestado su condición estratégica ante la magnitud de la crisis. Su papel reequilibrador y de tutela de las personas trabajadoras se ha visto reforzado notablemente en la emergencia, con la ayuda de técnicas del Derecho de la Seguridad Social. El DT *en* la emergencia ha resultado del conjunto medidas laborales extraordinarias urgentes aprobadas por hasta diez DL sucesivos –8/2020; 9/2020; 10/2020; 11/2020; 12/2020; 13/2020; 15/2020; 16/2020; 17/2020; y 18/2020– que tienen fecha prevista, incierta o cierta de caducidad, aquella vinculada a la finalización del estado de alarma. No son solo normas laborales de extraordinaria y urgente necesidad (art. 86.1 CE). Son normas legales de «medidas excepcionales» que han actuado, como el propio decreto de declaración del estado de alarma, en el campo de la aplicabilidad de normas con rango de ley, y en ocasiones reglamentarias, existentes en el ordenamiento jurídico, alterando, particularizando o excepcionando temporalmente los requisitos y condiciones de su aplicación para flexibilizarla ante la urgencia de la crisis sanitaria. Han creado también normas nuevas con igual finalidad excepcionadora o particularizadora, que vinculan su vigencia a las causas que las ocasionan, el estado de alarma y la excepcionalidad sanitaria, aunque en su evolución última esas normas se hayan ido desvinculando de aquel incluyendo medidas para después de su finalización, también de vigencia limitada.

Esa serie de normas excepcionales de urgencia no contienen reforma alguna del ordenamiento laboral llamada, en principio, a permanecer. Son normas transitorias en la emergencia, sujetas a un elevadísimo ritmo de sucesión normativa, que no siempre han asegurado la certeza del Derecho, dejando lagunas e imprecisiones a una interpretación que en la emergencia no pudo unificarse por el órgano judicial que tiene la atribución constitucional de hacerlo. La litigiosidad ulterior exigirá una gran agilización procesal tras la excepcionalidad, a la que defectuosamente ha tratado de responder el R.D.L. 16/2020.

El DT *en* la emergencia es un Derecho abierto e inacabado. Sus normas excepcionales se han reformado con profusión entre sí para adaptarse a la evolución de la crisis sanitaria, pero también para interpretar las anteriores y para corregir sus insuficiencias y defectos, siempre con nuevas vigencias limitadas.

Pese a ello los R.D.L. 8, 9, 10, 11, 12, 13, 15, 16 y 17 /2020 han sido convalidados por el Congreso de los Diputados, que ha decidido tramitarlos como leyes por el procedi-

miento de urgencia. Esa tramitación pudiera indicar una posible voluntad de incorporación al ordenamiento jurídico laboral ordinario de algunas de sus técnicas con vocación de permanencia.

Este Derecho con valor de ley se ha completado por el Derecho de fuentes infralegales de las autoridades competentes delegadas del Gobierno para el ejercicio de las funciones previstas en el Real Decreto de declaración del estado de alarma a fin de garantizar la prestación de todos los servicios, ordinarios o extraordinarios, en orden a la protección de personas, bienes y lugares (art. 11 L.O. 4/1981). Ese Derecho menor de las autoridades competentes delegadas, igualmente urgente, integrado por numerosísimas órdenes, instrucciones y resoluciones ministeriales, ha seguido la evolución de la famosa curva de la pandemia, por lo que ha sido objeto de modificaciones y rectificaciones sucesivas.

Ha prescindido este Derecho *en* la emergencia de la negociación colectiva, fuente típica del DT, quizá por la propia urgencia de sus soluciones excepcionales, el cierre de los lugares de trabajo, y el recurso a mecanismos y fondos públicos, lo que ha acentuado la estatalidad del DT y marginado excesivamente la potencialidad de la autonomía colectiva para acordar medidas de flexibilidad interna temporales de contenido diverso (tiempo y condiciones de trabajo, protocolos de prevención de riesgos de contagio en el trabajo) más adaptadas a los sectores y empresas y a sus circunstancias concretas. El diálogo social, que no había tenido un papel relevante en la adopción de la mayoría de estas normas extraordinarias en el confinamiento, ha fructificado en el desconfinamiento en un *Acuerdo Social en Defensa del Empleo*, firmado el 11 de mayo por el presidente del Gobierno, los secretarios generales de CCOO y UGT, y los presidentes de CEOE y CEPYME. Dicho *Acuerdo* ha sido incorporado en su literalidad al R.D.L. 18/2020.

En el plano puramente aplicativo ese Derecho que ha sobrevolado el estado de alarma, utilizando sus técnicas, ha precisado de procedimientos y resoluciones administrativas masivas.

La lógica de su aplicación no ha descansado institucionalmente en la tutela judicial efectiva en defensa de derechos e intereses legítimos –establecidos servicios esenciales en el orden jurisdiccional social (art. 24.1 CE)–, cuanto en mecanismos de tutela administrativa, esencialmente de las Administraciones laborales en la pieza estrella de los expedientes de regulación temporal de empleo por fuerza mayor y de las prestaciones por desempleo, de la Seguridad Social en su acción protectora, y de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de prevención de riesgos laborales.

La referencia de la crisis financiero-económica de 2008 ha estado presente para abordar esta con instrumentos diferentes. Aquella crisis se saldó con extinciones contractuales y despidos y la salida masiva de trabajadores hacia el desempleo e impuso «recortes» en la inversión pública en sanidad y en investigación científica para cumplir el objetivo europeo de control del déficit. El Derecho creado en esta emergencia ha efectuado un reparto más equilibrado de sacrificios entre el Estado, los empresarios y los trabajadores.

El principio de ordenación de este conjunto de medidas excepcionales temporales ha sido el mantenimiento del empleo para evitar despidos y un impacto negativo estructural sobre el empleo.

A este fin este DT se ha valido del trabajo a distancia o remoto, en su modalidad de *teletrabajo*, como técnica preferente, aunque no exclusiva, para mantener el trabajo durante el confinamiento, que ha extendido hasta el límite de sus posibilidades, salvo en los servicios esenciales presenciales, imponiendo su utilización obligatoria para las empresas, en términos de razonabilidad y proporcionalidad, y para los trabajadores, a quienes, de otra parte, el teletrabajo permite atender el incremento excepcional de la necesidad de cuidado familiar por el cierre temporal del sistema educativo presencial. El trabajo a distancia u otras medidas alternativas de mantenimiento del empleo garantes de la salud de los trabajadores y de la salud pública han sido declaradas prioritarias frente a la cesación temporal o reducción de la actividad. Este Derecho *en* la emergencia ha facilitado la conciliación del trabajo presencial, y con ello su mantenimiento, y el cuidado de familiares, no solo por causa del sistema educativo, también por circunstancias excepcionales relacionadas con la transmisión comunitaria del virus. Ha reconocido temporalmente derechos excepcionales de acceso a la adaptación del horario y/o a la reducción de jornada.

Ante la imposibilidad de mantener el trabajo, el legislador gubernamental ha recurrido a medidas de flexibilidad interna, cuya utilización ha facilitado jurídica y económicamente a las empresas –con exenciones en las cotizaciones sociales–, atendiendo a la situación de los trabajadores con prestaciones extraordinarias de desempleo. Los expedientes de regulación temporal de empleo han sido la institución elegida para producir el *ajuste temporal* de las plantillas mediante suspensiones de contratos y reducciones temporales de jornadas por *fuerza mayor temporal, total o parcial,* causada por el cese de actividad decretada por el estado de alarma, por la falta de suministros impeditivos de la actividad empresarial, y por las situaciones urgentes y extraordinarias debidas al contagio de la plantilla o a la adopción de medidas de aislamiento preventivo por la autoridad sanitaria; *y por causas empresariales económicas, técnicas, organizativas y productivas ligadas a la COVID-19*. La aplicación de estas medidas extraordinarias se ha condicionado, en el caso de los ERTEs por fuerza mayor, al cumplimiento por las empresas de un compromiso de mantenimiento del empleo de las personas afectadas de seis meses de duración desde la fecha de reanudación de su actividad y de su reincorporación total o parcial y progresiva en la fase de desconfinamiento. Su incumplimiento comporta la obligación de devolución de la totalidad del importe de las cotizaciones empresariales exoneradas, con el recargo y los intereses de demora correspondientes. Se estima que los ERTEs han cubierto a unos 3.500.000 de trabajadores, de los que más de un 85 % se han tramitado por fuerza mayor.

El compromiso empresarial de mantenimiento del empleo se ha reforzado con el mandato legal –de efectos muy controvertidos– de que la fuerza mayor y las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción «no se pueden entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido» (art. 2 R.D.L. 9/2020). Pero la norma, vigente hasta el 30 de junio de 2020, no ha prohibido los despidos por esas causas, ni ha establecido una moratoria para que las empresas puedan efectuarlos, como hizo alguna legislación comparada.

El empleo temporal ha sido de nuevo el peor tratado en esta extraordinaria crisis sanitaria. De los empleos destruidos en la segunda quincena del mes de marzo, dos de cada tres eran temporales, produciéndose el ajuste de la crisis, como siempre en nuestro modelo productivo, operando la patología previa de la contratación temporal. El legislador de urgencia ha tratado de amortiguar ese efecto con el mandato adicional de mantenimiento de los contratos temporales sujetos a expedientes de regulación de empleo suspensivos, incluidos los contratos formativos, de relevo e interinidad. La consideración legal del tiempo de su suspensión como tiempo neutro abre un paréntesis en el cómputo de su duración máxima, y en la de su período de referencia equivalente al periodo suspendido, que se reanudará con el retorno a la actividad.

No impiden esas medidas excepcionales, con las que el DT ha cumplido su papel tutelar del trabajo en la emergencia, otras que hayan podido alcanzarse a través de la negociación colectiva en las empresas, especialmente en la utilización flexible del tiempo de trabajo manteniendo la retribución o reduciendo esta conservando el empleo, promovidas por la mayoría de las legislaciones europeas.

El DT *en* la emergencia apenas ha actuado sobre la prevención de riesgos laborales, cuestión de enorme calado en el trabajo presencial ante la velocidad de propagación de contagio del virus por contacto personal. Lo ha hecho a través de órdenes e instrucciones del Ministerio de Sanidad y de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Los abnegados profesionales sanitarios de nuestro país han pagado con sus vidas y su salud, en porcentajes estremecedores, la falta de protección adecuada frente a ese riesgo en su trabajo. Han sido numerosas las decisiones cautelarísimas y cautelares, y ya sobre el fondo, de la jurisdicción social –y en algún caso relevante de la jurisdicción contencioso-administrativa– ordenando a las autoridades sanitarias y a los empresarios la debida protección de los profesionales mediante equipos de protección individual, no siempre cumplidas por falta de disposición de esos medios.

Cuando el desconfinamiento finalice y alcancemos la «nueva normalidad» –un verdadero oxímoron–, las relaciones laborales se someterán al DT ordinario, salvo algunas normas laborales aprobadas en la emergencia que tienen prevista una duración limitada más prolongada.

Algunas de las instituciones de este Derecho *en* la emergencia tendrán asegurado su futuro, como el trabajo a distancia, que ha puesto de manifiesto los beneficios de la innovación y la capacidad tecnológica del país. El trabajo no presencial ha demostrado su importancia en la modernización y en el futuro del trabajo, en que ha de contar con una regulación institucionalmente más diversificada y completa.

Los instrumentos de flexibilidad interna serán igualmente necesarios cuando se inicie el período de reconstrucción de esta gran catástrofe. Prolongados los ERTEs hasta el 30 de junio, es más que probable la necesidad de su mayor duración, y de sus beneficios para empresas y trabajadores. Pero ¿cómo se afrontará la tarea de amortiguar el extraordinario impacto de la crisis sanitaria en el desplome de la economía y en la pérdida de tejido productivo y pavorosa de empleo? ¿Hasta dónde llegará nuestra capacidad de gasto y de endeudamiento público? ¿Y Europa? Los efectos de la crisis sanitaria no

serán efímeros y en la reanudación de la normalidad las cosas tampoco serán como antes. Habremos de recurrir al valor estratégico del DT, del diálogo social; a su función y razón de ser tutelar de las personas trabajadoras, y a situar en la centralidad del debate político y social la reforma de su norma epicéntrica, el Estatuto de los Trabajadores, después de cuarenta años de vida, para que cumpla la función prevista por la Constitución (art. 35.2) en la reconstrucción.

BIBLIOGRAFÍA

Sala Franco, T.; Velasco Paños, M.: *Guía práctica de las medidas laborales extraordinarias adoptadas frente a la crisis sanitaria del Covid-19*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.

VV. AA.: «El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la pandemia de COVID-19», en *Derecho de las Relaciones Laborales*, 4, monográfico (2020).

María Emilia Casas Baamonde
Académica electa de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas
Presidenta Emérita del Tribunal Constitucional
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Complutense

PANDEMIA: PERSPECTIVA MÉDICA

Las enfermedades se clasifican, de acuerdo con sus características, de varios modos. Uno, muy clásico, es dividirlas en agudas y crónicas. Se encuentra ya en la literatura hipocrática. Otro es diferenciar las que afectan a individuos aislados de las que se extienden por poblaciones. En este último caso, puede suceder que estén presentes en un medio de modo continuo, en cuyo caso hablamos de enfermedades endémicas, o que se extiendan por toda o por una parte importante de la población, pero de forma aguda, discontinua o intermitente. En este caso se habla de enfermedades epidémicas. Cuando una epidemia afecta no a una población concreta, sino que invade el globo entero, se habla de *pandemia*.

La etiología o causa de esas enfermedades puede ser muy variada. Las hay infecciosas, metabólicas, debidas a factores genéticos, etc. Aquí vamos a ocuparnos solo de las enfermedades infecciosas. Estas pueden ser agudas o crónicas, epidémicas, endémicas y pandémicas. Las enfermedades infecciosas son consustanciales a la propia estructura de la vida sobre la tierra. Esto se debe a un problema que solo en los últimos dos siglos ha comenzado a verse con alguna claridad. Se trata del hecho de que todo ser vivo necesita un medio adecuado para nacer, crecer y reproducirse. El ser vivo, por tanto, solo alcanza su estabilidad vital en su medio propicio. Esta idea del medio de los seres vivos, que hoy puede parecer trivial, no empezó a cobrar relevancia teórica más que en la segunda mitad del siglo XIX, cuando el médico y naturalista Ernst Haeckel publicó, en 1866, su libro *Morfología general de los organismos*. En él introdujo el término «ecología», que vincula indisolublemente la «vida» con el «medio» (*Umwelt*), de tal modo que cuando el medio resulta inadecuado para un ser vivo, este desaparece, muere. Lo cual significa que no es correcta la tesis, vigente durante la mayor parte de la Historia occidental, de que el ser humano está dotado de una condición ontológica completamente distinta de la del medio en que habita. Aún a finales del siglo XVIII podía afirmar Kant que el ser humano es «fin» en sí mismo, en tanto que la naturaleza tiene solo la condición de «medio», del que puede disponerse a discreción. El ser humano, dada su condición de fin, está dotado, dijo Kant, de «dignidad», a diferencia de los demás seres de la naturaleza, que no tienen otro valor que el de su «precio». Ha sido durante el último siglo cuando ha ido abriéndose paso la idea de que si el ser humano está dotado de dignidad, y si para ejercerla necesita encontrarse en un medio adecuado, este no puede ser visto como una mera mercancía que se compra y se vende, sino que ha de participar también en alguna medida de la condición de fin en sí mismo. Este es el origen de todo el movimiento ecológico operado en la última centuria.

Era necesaria esta introducción para enfocar en sus justos términos el tema de las enfermedades epidémicas, y con más razón el de las pandémicas. Por más que pueda parecer extraño, las epidemias no se han dado siempre en la Historia humana, aunque solo sea porque para que puedan existir es necesario que los individuos se concentren en poblaciones y vivan hacinados, lo cual parece que no se dio en las primeras etapas de la humanidad. La concentración urbana comenzó con la denominada «revolución neolítica». De la vida nómada propia del paleolítico se pasó a otra sedentaria, propiciada por el descubrimiento de dos técnicas fundamentales, el cultivo de la tierra y la domesticación de los animales. En los poblados neolíticos los seres humanos vivieron en íntima relación con los animales, convertidos en ayuda fundamental para el cultivo de la tierra y en suplemento proteico en su alimentación.

La revolución neolítica alteró los ecosistemas de muchas especies animales. En epidemiología se denomina «reservorio» al ser vivo en que un determinado microorganismo crece y se multiplica sin causarle enfermedad. Caso de ser «susceptible» y enfermar, el sistema inmunitario reaccionará intentando destruir al intruso, que por tanto no podrá convertirse en «huésped». Cuando los reservorios se encuentran en la proximidad de especies susceptibles, se hace posible el contagio, bien por contacto directo, bien a través de los llamados «vectores». Si el contagio no afecta a individuos aislados sino a poblaciones, la enfermedad cobra carácter «epidémico».

Esta breve descripción de lo que cabe llamar la «historia natural» de la enfermedad epidémica permite deducir varias conclusiones de gran relevancia. La primera, que los microorganismos patógenos no lo son para todas las especies sino solo para algunas, las susceptibles. La segunda, que los gérmenes viven y se reproducen por lo general en especies no susceptibles, que se convierten de ese modo en su «medio» adecuado. En ellas el huésped y el hospedador viven en equilibrio «ecológico». La tercera es que la infección epidémica se debe siempre a la alteración de ese equilibrio. Esto último puede producirse por varias vías. Una, la proximidad entre los animales que hacen de reservorios y los individuos de especies susceptibles. De lo que cabe concluir que las infecciones epidémicas (hay epidemias no infecciosas) son debidas, por lo general, a la alteración o ruptura de los equilibrios ecológicos. Pero como los espacios ecológicos no están perfectamente delimitados, es frecuente la invasión por una especie del territorio de otra. Es el proceso de «lucha por la existencia» que describió Darwin. Su término será el logro de un nuevo equilibrio en el organismo mejor dotado, una vez que haya hecho desaparecer al rival.

Si la especie humana se caracteriza por algo, es por su capacidad para invadir espacios propios de otras especies vivas. Su peculiar inteligencia le permite extender su dominio al conjunto de la naturaleza, haciendo del medio (*Umwelt*) un mundo (*Welt*). De ahí a considerar que todas las otras especies biológicas han de estar a su servicio no hay más que un paso. Y si algunas de ellas amenazan su integridad física, la táctica apropiada será el exterminio, su erradicación. Durante muchos siglos, eso no pasó de ser un deseo imaginario e irreal. Pero con la aparición hace ahora ciento cincuenta años de los medicamentos llamados «quimioterápicos», y, sobre todo, a mediados del siglo xx, de los «antibióticos», el ser humano creyó llegada la hora de hacer realidad su vieja aspiración: erradicar todos sus gérmenes potencialmente patógenos de la faz de la tierra. Aún recuerdo la sorpresa que me produjo la predicción que oí a Gregorio

Marañón el año 1949, en plena euforia de la naciente era antibiótica, de que se acercaba la fecha en que la parte dedicada a las enfermedades infecciosas desaparecería de los libros de Medicina, una vez erradicados de la faz de la tierra todos los microorganismos patógenos para la especie humana.

Huelga decir que Marañón se equivocó. Pero no fue solo él. Su error lo compartía toda la cultura occidental. En el fondo, él no hizo otra cosa que repetir lo expresado por Kant siglo y medio antes. La cultura occidental ha vivido en este gravísimo error. De él hemos ido despertando poco a poco, al caer en la cuenta de las llamadas «resistencias» de los microorganismos, que provocábamos nosotros mismos al intentar exterminarlos. Sin darnos cuenta, estábamos acabando con los susceptibles y seleccionando las cepas más peligrosas, las resistentes a nuestras balas mágicas. Y fuimos aprendiendo que la mejor defensa contra los gérmenes patógenos son los gérmenes que llamamos «saprofitos», aquellos que están ecológicamente adaptados a nuestro medio y que por ello no producen enfermedades en la especie humana, pero sí ayudan a mantener a raya a los patógenos. Y poco a poco, la Medicina ha ido cambiando su táctica «exterminadora» por otra algo más «ecológica».

Escribo estas reflexiones en plena pandemia del coronavirus COVID-19. Epidemias, e incluso pandemias, ha habido bastantes a lo largo de la Historia. Los historiadores las han descrito con mucho detalle. Pero ninguna de las proporciones actuales. ¿Por qué? ¿A qué se debe? Aún no se sabe con precisión. Pero pueden adelantarse algunos datos importantes. Uno, que este virus no es nuevo. Existía desde mucho tiempo antes en sus reservorios naturales, ciertos animales todavía no bien identificados. Huésped y reservorio vivían en equilibrio estable. Otro, que ese equilibrio lo rompió el ser humano, por motivos que tampoco están muy claros, pero basados, según parece, en tradiciones ancestrales sobre las pretendidas virtudes curativas y casi milagrosas del consumo de su carne. Y otra conclusión, la última, es que esta es la primera epidemia aparecida en la llamada «época de la globalización». La movilidad, tanto de productos como de personas, nunca había sido tan elevada como lo es hoy. En la «aldea global» en que vivimos, es comprensible que la epidemia se haya hecho global en un tiempo sorprendentemente rápido. La actual pandemia constituye una razón más, la última a día de hoy, para reflexionar sobre la deriva de nuestra sociedad, empeñada en un desarrollo que, cuanto más global se hace, se demuestra como menos sostenible. La vida es siempre equilibrio. Los ecosistemas son equilibrios naturales. Y la cultura, es decir, la acción de los seres humanos sobre el medio, no puede tener otro objetivo que el de elevar ese equilibrio a un nuevo nivel, el propiamente humano. Es de nuestra exclusiva responsabilidad el que ese equilibrio resulte o no, a la postre, sostenible.

Diego Gracia
Académico de Número de las Reales Academias de Ciencias Morales y Políticas
y Nacional de Medicina
Catedrático de Historia de la Medicina

PANDEMIA: PERSPECTIVA POLÍTICA

Dice con razón G. Sartori que la democracia es el régimen político que más depende de la inteligencia de los ciudadanos. Las situaciones excepcionales (no solo jurídicas; también humanas, sociales, políticas) no son propicias al sosiego ni a la moderación. Menos todavía en esta sociedad del posbienestar a la que cuesta asumir la evidencia de que somos frágiles como individuos y como especie y de que Leviatán no es una garantía universal contra todo tipo de riesgos. He aquí algunas reflexiones –lógicamente provisionales– acerca de las consecuencias políticas de esta pandemia que dejará huella durante mucho tiempo:

- Con las excepciones de rigor, la *reacción social* ante la COVID-19 merece una valoración positiva. Ni héroes ni villanos, la gran mayoría hemos actuado con razonable prudencia y buen sentido, al menos después de las primeras semanas de temor hobbesiano ante el colapso del sistema sanitario. La sociedad se ha comportado mejor que los dirigentes políticos (de todos los países y de todos los partidos, también con excepciones meritorias), para quienes resulta casi imposible resistir la tentación mediática, ya sea desde el Gobierno o desde la oposición. Entre los profesionales ejemplares y los oportunistas sin escrúpulos, hay un amplio espacio para la gente «normal», con sus prioridades indiscutibles (*mi* familia, *mi* puesto de trabajo) y sus afectos naturales (nuestros mayores; nuestros compatriotas; más débilmente, la Humanidad en su conjunto). Las instrucciones de las autoridades se han cumplido casi siempre, de mejor o de peor gana. Algunos lo llaman «servidumbre voluntaria», apelando a É. de la Boétie, pero es simplemente la adaptación al medio que hace posible la supervivencia.
- Exageran quienes nos previenen sobre un hipotético gobierno de los *expertos*, una suerte de «tecnodemocracia» legitimada por una formación especializada para tomar decisiones en tiempo de crisis. Para bien o para mal, los «políticos» han tenido y tienen la última palabra, aunque con frecuencia pretenden eludir su responsabilidad en el consejo de «los que saben». Sería una temeridad no hacer caso a los científicos, pero nadie puede exigirles remedios mágicos ni dotes proféticas: no existe un bálsamo de Fierabrás capaz de vencer a la pandemia. No obstante, es muy conveniente aprender la lección de cara al futuro: una buena política de prevención de riesgos permite tomar a tiempo las decisiones pertinentes. Los lamentos tardíos son perfectamente inútiles.
- Es probable que a corto plazo, y seguramente con carácter transitorio, un nuevo *clivaje* (es decir, fractura en la opinión pública que determina el comportamiento

electoral) divida a las sociedades más afectadas por el virus, entre ellas la española. La gestión de la crisis deja ganadores y perdedores. Lo normal es (debería ser) que perjudique a los Gobiernos, desbordados por una circunstancia insólita ante la cual *casi* todos han reaccionado tarde y con más errores que aciertos. Pero todo depende de la habilidad o la torpeza de la oposición para extraer réditos políticos del malestar social, sin perjuicio de actuar con sentido de la responsabilidad. La reflexión vale para todos los niveles territoriales y para todas las ideologías: los ciudadanos van a tomar buena nota. Aunque lo peor está por llegar, porque el día después, ante la más que previsible crisis económica, nadie aceptará excusas derivadas de la emergencia sanitaria.

– Es notorio que la *soberanía* estatal sale fortalecida de estos tiempos excepcionales. La respuesta de las instancias internacionales ha sido o bien inexistente (Naciones Unidas) o muy discutida (Organización Mundial de la Salud; integrada en el sistema ONU pero con perfil propio). Lo peor es que, ante el juicio sumario de una opinión pública muy exigente, la Unión Europea no supo responder, al menos en los peores momentos: nadie le pide soluciones en materias que no son de su competencia, pero sí una razonable eficacia y celeridad para contribuir a paliar las secuelas económicas de la crisis. Es lamentable que el éxito histórico del proceso de integración se vea empañado por egoísmos de corto plazo que refuerzan a los populismos nacionalistas o ideológicos (es decir, derecha o izquierda radicales) cuyo objetivo es siempre pescar en aguas revueltas. La torpeza de las instituciones es un arma letal a disposición de los enemigos políticos. Por eso, aunque el conflicto entre el Tribunal Constitucional Federal alemán y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no trae causa de Luxemburgo sino de Karlsruhe, el momento no puede ser menos oportuno. No están las cosas como para explicar a la gente los matices jurídicos del principio de primacía o los requisitos que impone la proporcionalidad. Por fortuna, la «cumbre» de julio de 2020 ofreció una imagen mucho más cooperativa de la UE. Tal vez es el momento de abrir un gran debate sobre el futuro de la integración europea, con argumentos serios y no con mensajes simplificados. Sobre la fortaleza del Estado respecto de las instancias infraestatales (Comunidades Autónomas, en nuestro caso) nos remitimos a la voz «Pandemia: perspectiva jurídica».
– Sufren también con la crisis los *derechos fundamentales*, seña de identidad de la democracia constitucional. Las libertades públicas pueden ceder transitoriamente ante la situación excepcional pero solo en los términos estrictamente necesarios para la salvaguardia de la vida y la salud. Hay incluso barreras que no se deben cruzar sin un *test* muy riguroso de idoneidad; por ejemplo, en protección de datos personales, «geolocalización» o reclusión temporal fuera del domicilio. Las restricciones a la libre expresión y difusión del pensamiento nunca son bienvenidas en el sistema constitucional. También sobre estas cuestiones en el caso español nos pronunciamos en la voz relativa a la «perspectiva jurídica».
– La *Globalización* no está en peligro, a pesar de las apariencias. Volver al tribalismo no es solución por mucho que el cierre de fronteras, las medidas proteccionistas o las actitudes xenófobas puedan tener algún eco social con carácter transitorio. Ahora bien, el ya citado refuerzo de la soberanía estatal y el fracaso de las fórmulas multilaterales exigen una reflexión sobre los errores cometidos. Los populismos pretenden tener razón, tanto desde la derecha (nacionalismo a ultranza) como desde la izquierda (la «gente» contra la «casta»). En función de la coyuntura política en

cada país, sorprende ver a los primeros preocupados por los derechos humanos, que siempre han despreciado, y a los segundos (cuando están en el Gobierno), reclamando un sentido de Estado que nunca han practicado. El populismo, forma contemporánea de la demagogia, se hace fuerte cuando las ideologías sensatas dejan de ofrecer soluciones a unos ciudadanos lógicamente temerosos ante el futuro incierto. Por eso, la gestión pospandemia (política, social, económica; también moral) debe ser a la vez prudente y eficiente. Este es el gran desafío para la democracia constitucional. Y una seria duda: ¿tenemos líderes en Europa y en América a la altura de las circunstancias?

– No es cierto que los *sistemas autoritarios* (por calificar generosamente a la República Popular China) hayan sido más eficaces en la lucha contra la COVID-19. Es una realidad indiscutible que el origen del virus se sitúa en Wuhan, lo cual no significa dar pábulo a teorías conspiratorias, *fake news* a gran escala. China empezó antes y terminó antes. Se puede culpar a los gobiernos democráticos (a casi todos) de no haber sido sensibles a las advertencias científicas. Pero, constatado el error inicial, los medios y los resultados no son ni mejores ni peores, aquí o allí. Taiwán o Corea del Sur, por no salir de la región, han sido muy eficientes. En Europa, nuestras democracias obtienen resultados muy dispares y algunos países han hecho bien su tarea. El caos administrativo (tests que no llegan; mascarillas que no sirven; hospitales que no funcionan) y las órdenes contradictorias no dejan en buen lugar a las autoridades sanitarias, pero conviene ser conscientes de las dimensiones de la crisis antes de lanzar la primera piedra. Felizmente, en democracia, los ciudadanos tendrán la oportunidad de juzgar en las urnas (y, cuando proceda, también los jueces en sus sentencias). Pero, salvo por malevolencia o por ignorancia, no es lícito extraer conclusiones en favor de modelos autoritarios frente a las (imperfectas, por supuesto) democracias constitucionales.

Ojalá termine lo antes posible la emergencia sanitaria y podamos ocuparnos de discutir sobre las políticas necesarias para paliar las consecuencias inevitables. He aquí la sabia reflexión del personaje de Marcel Proust, de acuerdo con la experiencia universal: «la vida se reanuda incluso después de los acontecimientos más singulares».

Benigno Pendás
Académico de Número y Vicepresidente de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas
Catedrático de Ciencia Política de la Universidad CEU-San Pablo
Ex Director del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales

PANDEMIA: PERSPECTIVA PSICOLÓGICA

El azote sufrido por las sociedades contemporáneas como resultado de la invasión de un virus nuevo y potente está siendo un tremendo reto para la salud, pero, sobre todo, una fortísima amenaza para la vida cotidiana. Un altísimo número de personas ha perdido la vida, lo que es muy de sentir. Pero un número mucho mayor ha perdido familiares, empleos, recursos económicos, horizonte personal de vida, posibilidades de vivir, en una palabra. Sus vidas se han angostado, sus temores han crecido, y, al tiempo que se han serenado al verse vivos y sanos, la amenaza de un futuro sombrío y de una vida personal y socialmente deshecha pone a innumerables personas ante una situación de estrés, inseguridad e indefensión que requiere en muchos casos un tratamiento profesional especializado. La pandemia es un reto para la salud, pero lo es también para la economía, la sociedad, las vidas personales, en una palabra. Y de estas perturbaciones y angustias vienen ocupándose otros profesionales sociales, economistas, psicólogos, abogados, aparte los sanitarios propiamente tales. Se trata, en realidad, de un reto a la totalidad de la vida de nuestros contemporáneos.

La experiencia aún viva y activa de la COVID-19, o coronavirus, que estamos teniendo en España, mostró desde los primeros momentos su cohorte de problemas sociales y personales. Los Colegios de Psicólogos profesionales, que desde hace tiempo vienen organizando campañas de protección y apoyo a quienes sufren catástrofes colectivas, pusieron muy pronto en acción unos grupos de atención al servicio del público afectado. Según mis informaciones, lo han hecho casi todos, si no todos, los 22 Colegios autonómicos existentes. También en muchas Facultades de Psicología del país, sus servicios clínicos de Psicología aplicada han activado grupos de ayuda, en algunas ocasiones ofreciendo al público a través de la red de internet algún programa de autoayuda especializada, que ha podido servir de ayuda y guía a gentes interesadas en el tema. Los responsables de los dos grupos de Colegios de Psicólogos formados en Madrid, la Dra. M.P. García Vera y el Dr. F. Chacón, me han facilitado datos precisos que agradezco muy de veras. (Hermida, Chacón y García Vera, 2020).

Tomando por modelo los teléfonos de apoyo personal que desde hace tiempo prestan servicio humanitario, y en los que muchos psicólogos colaboran con eficacia, se establecieron en Madrid, en dos lugares, unos equipos de atención continua, dispuestos a aconsejar y hacer recomendaciones útiles a gentes desorientadas o inseguras, que llamaban pidiendo ayuda.

Hasta primeros de junio, momento en que se cierra su actividad, uno de ellos –el del Consejo General– ha recibido más de 13.000 llamadas, y el otro, COP Madrid, 10.542. Para estimar esas magnitudes, recordaremos que en la Comunidad madrileña se contabilizan 69.562 casos confirmados, y 8.691 fallecidos (datos internet 11 de junio) (en el país, 242.000 y 27.136, respectivamente). Con esos números, cabría imaginar que aproximadamente uno de cada tres afectados habría hecho una llamada; no cabe asegurarlo de ningún modo, pero da una idea del volumen de las atenciones prestadas. Algo parecido ha ocurrido igualmente a la Asociación Americana de Psicólogos (APA) en los Estados Unidos (Owings-Fonner, 2020).

¿Quiénes llamaban a los psicólogos?

Los datos que uno de los coordinadores me hace llegar tienen su interés. En efecto, según lo que ahí se dice, del total de llamadas, un 70 % han correspondido a población general, un 21 % a familiares y un 9 % a sanitarios. El volumen de comunicantes de la categoría de población general evidencia la efectiva difusión y presencia de la figura del psicólogo en nuestra sociedad, y la creciente normalidad de la consulta a estos profesionales; y, por otro lado, la baja cifra de sanitarios evidencia que entre ellos hay más independencia respecto de los psicólogos, sin duda porque piensan estar preparados suficientemente para hacer frente a sus riesgos profesionales sin recurrir a aquellos.

¿Por qué se llamaba a los psicólogos?

En un breve artículo que sintetiza los resultados de esta experiencia, hallamos una primera respuesta que se ajusta a lo que, en las circunstancias dadas, cabría esperar.

El factor principal que ha afectado a los comunicantes ha sido, ante todo, la *ansiedad*: 96 % de casos. Este es un estado de temor, inseguridad y displacer ante acontecimientos vividos como amenaza a la persona. Se la ha considerado en ocasiones como un miedo aprendido, que tiende a desorganizar la conducta. En nuestro caso, el temor a la infección, al contagio, y aún más, al hecho de que pueda ya estar uno infectado sin saberlo con precisión, sin saber al mismo tiempo qué hacer, a dónde ir, produce angustia, y lleva a obrar sin un plan fijo y preciso. En muchos casos, además –en los datos obtenidos, hasta un 30 %– esa ansiedad sin duda se aliaba con un sentimiento de depresión, que genera sentimientos negativos, resta capacidad de reacción, desmotiva e inmoviliza, y sitúa al individuo inerme ante la amenaza que siente venírsele encima.

En bastantes casos, los individuos han pedido ayuda frente a las alteraciones del sueño (17 %) y se han quejado de somatizaciones (10 %). Capítulo aparte (4 %) lo constituyen las quejas y alteraciones que acompañan a un proceso efectivo de duelo, cuando alguna persona querida ha desaparecido. El virus ha traído, como una más de sus consecuencias, la multiplicación de los fallecimientos y el peligro de un contagio *post mortem,* lo que ha llevado a establecer unos procesos de deceso en casi absoluta soledad, sin contacto familiar en la agonía, sin casi presencia en el entierro, con una ruptura sentimental y social muy dura de soportar para la mayoría de las personas. En muchos casos la reacción de pena se fija anormalmente, sin la remisión más o menos lenta de

los procesos normales, y entonces resultan útiles las indicaciones que el psicólogo puede dar para un restablecimiento de la normalidad sentimental.

La organización colegial de los psicólogos profesionales dispone desde hace tiempo de una importante colección de *guías para intervenciones* en casos de emergencias y catástrofes, que estructuran la conducta del psicólogo que se ve forzado a intervenir en eventos de la mencionada naturaleza invasiva.

Un carácter general de las recomendaciones que ahí se hacen tiende a reafirmar un control cognitivo y emotivo de la situación que se vive, evitando la desorganización del pensamiento por temores y dudas incontroladas. Al tiempo que se reconoce la reacción de temor como una respuesta naturalmente generada por el estímulo bajo cuyo impacto se vive –el temor al contagio del virus– se procura ajustar a la persona hacia un pensamiento controlado y realista, que atiende a aquello sobre lo que se puede actuar e influir, y silencia e inhibe las ideas descontroladas. Se fomenta la atención a la acción concreta del aquí y ahora de cada momento, y se instruye a la persona para que reconozca y explicite sus ideaciones y reacciones contra las que son perturbadoras o inadecuadas.

En muchos casos, el psicólogo hará dirigir la atención hacia estados corporales, y hacia actividades conscientes de dominio corporal –respiración, control de posición, etc.–. Básicamente se tiende a promover una intervención de carácter comportamental, que procure restablecer los modos habituales normales de actividad, quedando los casos más resistentes para su remisión a otros profesionales que, mediante una relación interpersonal, puedan hacerse cargo de la situación emocional alterada del consultante.

Las intervenciones individuales no son las únicas posibles en casos como los que comentamos. Los psicólogos que intervienen en el campo de la salud saben bien que, además de actuar en relación con los procesos afectivos, ideativos o emocionales de los pacientes afectados por procesos de enfermedad o emergencia, tienen ante sí un campo de acción muy importante que tiene que ver con la *comunicación pública*.

Las situaciones de catástrofe o accidente social público generan a veces en la Administración, y en los medios de comunicación, campañas que con frecuencia resultan ineficaces, o incluso contraproducentes, por el contenido o por la manera como sus mensajes son producidos y publicados.

La publicidad que se da a acontecimientos dramáticos, la elaboración de reportajes sensacionalistas, parecen a sus autores unos mensajes de alto valor periodístico, pero pueden tener efectos perversos o morbosos en relación con la situación psicológica del público. No parece haber sido el caso de la reciente pandemia, donde ha habido un tratamiento cuidadoso y parco de imágenes de la tragedia, solo ocasionalmente difundidas.

No obstante, en el mundo de la psicología de la salud se sabe que uno de los grandes problemas de las intervenciones sanitarias reside en lograr la adhesión del paciente al tratamiento que el profesional le impone. Aunque parecería que el interés por la propia curación debería ser el mayor motivo dominante en la conducta de la persona do-

liente, se sabe empíricamente que en muchos casos las conductas repetitivas de limpieza, toma de medicamentos o ejercicios corporales acaban siendo abandonados o realizados irregularmente, poniendo en riesgo el éxito del tratamiento aplicado.

Por eso resulta muy conveniente combinar, junto a la prescripción de unos remedios y unas conductas determinadas a la persona enferma, motivarla psicológicamente, y apoyar el deseo de salud y normalización vital con conductas de refuerzo y técnicas de influencia social que consoliden las acciones que el tratamiento impone y requiere. Y en el caso de las catástrofes y males colectivos, las campañas de educación pública y de implantación de nuevos modos de relación y cambio de costumbres se debería contar con la colaboración de aquellos profesionales de la intervención social –psicólogos, sociólogos, educadores, técnicos de comunicación– para el diseño e implementación de las medidas de acción que se han de imponer a la población. La acción ante una tragedia colectiva requiere la acción conjunta de expertos en temas sanitarios y de especialistas en acción social. Ante los problemas de todos, los técnicos sociales deben actuar, codo con codo, con los especialistas respectivos implicados en cada tipo de problema.

BIBLIOGRAFÍA

Hermida, J., *et al.*: «La Psicología ante la Pandemia de la COVID -19 en España. La respuesta de la organización colegial», en *Clínica y Salud* (2020, en prensa).
Owings-Fonner N.: «Telepsychology expands to meet demand», en *APA COVID-19 Information and Resources, Apa Monitor* (2020) (https://www.apa.org/topics/covid-19).

Helio Carpintero Capell
Académico de Número de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas
Presidente de la Academia de Psicología
Catedrático de Psicología
Universidad Complutense

PANDEMIA: PERSPECTIVA DE SEGURIDAD SOCIAL

Las instituciones del Derecho de la Seguridad Social se han conjuntado con las del Derecho del Trabajo en la emergencia de la pandemia para proteger el empleo y el creciente desempleo. El Derecho de la Seguridad Social ha activado su acción prestacional para trabajadores por cuenta ajena y autónomos y ha dispensado cotizaciones a estos y a las empresas. Ha establecido, además, amortiguadores sociales para colectivos vulnerables que han modificado su configuración tradicional. Sus medidas excepcionales han sido de mejora y ampliación de su capacidad de cobertura ante una necesidad mayúscula e inusitada.

Para ello se ha servido de medidas urgentes y extraordinarias de alcance temporal, contenidas en la serie de decretos-leyes sucesivos aprobados en el estado de alarma, aunque no en todos –R.D.L. 8/2020, 9/2020, 11/2020, 13/2020, 15/2020, 16/2020, 17/2020, 18/2020–, precedidos del R.D.L. 6/2020 y del R.D.L. 7/2020, que hubieron de ocuparse de aplicar la protección por incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo a los periodos de aislamiento o contagio de trabajadores y funcionarios públicos consecuencia de la COVID-19, cuando el contagio se iniciaba.

Estas disposiciones legales excepcionales no están destinadas a permanecer indefinidamente en el ordenamiento jurídico –aunque se tramitarán parlamentariamente como leyes urgentes–, tienen diferentes vigencias limitadas –originando un cuadro jurídico intrincado, que ha utilizado en algún caso la retroactividad sobre normas derogadas–, y no han modificado las disposiciones propias de este Derecho, con alguna excepción.

Si la producción de este Derecho excepcional ha estado sujeta a una incertidumbre extraordinaria por la propia naturaleza evolutiva de la crisis sanitaria, su aplicación ha precisado de un aparato gestor que no ha alcanzado a desenvolver sus funciones en tiempo y forma ante la avalancha de expedientes de regulación temporal de empleo por fuerza mayor COVID-19, en gran parte resueltos por actos presuntos. La diversidad de respuestas de las Administraciones laborales autonómicas, la falta de coordinación de la autoridad competente delegada y la inexistencia de una doctrina judicial unificadora, han descrito un escenario de inseguridad jurídica expuesto a la posible revisión de oficio ulterior.

Las medidas legales, urgentes y excepcionales, han extendido la protección dispensada por la prestación económica de incapacidad temporal por accidente de trabajo a nuevas situaciones de necesidad. En la novedad se han incardinado las bajas de trabajadores, autónomos y funcionarios públicos por aislamiento y contagio; de trabajadores por cuenta ajena y autónomos por imposibilidad de prestar trabajo presencial por las restricciones impuestas a su movilidad, debiendo hacerlo al no ser factible su prestación telemática; y de trabajadores de imposible reincorporación por ser vulnerables a la COVID-19, sintomáticos, diagnosticados en aislamiento domiciliario, o en cuarentena por contacto, ya en las fases de la «desescalada».

Con todo, el reparto de costes y de sacrificios habitual en las situaciones de crisis económica, con la participación del Estado, se efectúa mediante las prestaciones públicas de desempleo. En anteriores crisis, de naturaleza distinta, la protección por desempleo amplió su tasa de cobertura hasta porcentajes que brindaron protección a una gran parte de la población desempleada. Conoceremos el índice de cobertura de la protección por desempleo en esta calamitosa crisis sanitaria, social y económica, y el dato significativo de si supera el 80% alcanzado en 2009 con motivo de la crisis financiero-económica desencadenada en 2008. Y el de su mantenimiento ante el alto crecimiento del desempleo previsto en la etapa de la reconstrucción marcada por una recesión económica que se prevé dramática.

Este Derecho *en* la emergencia ha excepcionado los rigores de su rector principio contributivo para permitir el despliegue de la acción protectora del sistema de Seguridad Social ante un acontecimiento de magnitud extraordinaria. Así, ha dispuesto medidas extraordinarias temporales en materia de protección por desempleo –sin periodo previo de ocupación cotizada y sin consumir tiempo de la prestación– para trabajadores y socios trabajadores de sociedades laborales y de cooperativas de trabajo asociado afectados por los ERTEs COVID-19 y para trabajadores fijos-discontinuos y de trabajos fijos y periódicos. Se mantienen estas prestaciones extraordinarias hasta el 30 de junio de 2020, siendo posible su prórroga por el Gobierno para trabajadores fijos discontinuos y fijos periódicos hasta 31 de diciembre de 2020.

Los costes empresariales han tratado de absorberse con exoneraciones de las cotizaciones empresariales en ERTEs por fuerza mayor, total y parcial, mayores para empresas pequeñas y para las que, en el desconfinamiento, incorporen con prontitud a trabajadores a la actividad reanudada. Se aplican por la Tesorería General de la Seguridad Social y para su control es suficiente el reconocimiento por el SEPE de la correspondiente prestación por desempleo. Con lo que el *punctum dolens* del sistema de protección excepcional es ese reconocimiento. Se mantienen hasta el 30 de junio de 2020, salvo prórroga por el Gobierno.

El Derecho de la Seguridad Social *en* la emergencia ha recurrido al poder administrativo sancionador para proteger los fondos que alimentan las prestaciones de desempleo y de los que enjugan las reducciones de las cotizaciones, con nuevas tipificaciones infractoras y sancionadoras, en alguna ocasión imprecisas –*per remisionem*– con la perspectiva del principio constitucional de legalidad sancionadora. Y ha ordenado a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social incluir, en sus planes de actuación, la

comprobación de la existencia de las causas alegadas en las solicitudes y comunicaciones de ERTEs COVID-19. Un actuación necesariamente revisora o *a posteriori* de una Inspección cuyos plazos de actuación fueron suspendidos durante el estado de alarma y sus prórrogas.

El incumplimiento por las empresas beneficiarias de esas exenciones de su compromiso de mantenimiento del empleo de los trabajadores afectados, durante seis meses desde su reincorporación a la actividad, comporta la obligación de devolución de la totalidad del importe de las cotizaciones exoneradas con el recargo y los intereses de demora correspondientes, una norma insegura en su mandato normativo y abierta a diversas interpretaciones.

En la emergencia sanitaria las técnicas del Derecho asistencial se han ido ampliando a colectivos sociales especialmente necesitados, abocados a una situación de vulnerabilidad económica y social. Su razón normativa ha sido aliviar temporalmente una inseguridad extrema existencial y establecer amortiguadores sociales para la población en riesgo de pobreza y exclusión social, subsidios extraordinarios de desempleo para trabajadores y medidas de apoyo a los autónomos.

Los nuevos subsidios extraordinarios y temporales por desempleo para empleados y empleadas de hogar ante la pérdida de actividad por despido o desistimiento por el miedo al contagio de COVID-19 y para trabajadores temporales sin cotización previa cuyo contrato haya vencido durante el estado de alarma, al igual que el reconocimiento de la situación legal de desempleo a trabajadores con contratos extinguidos en período de prueba o con compromisos firmes de contratos no consumados, ambos en el estado de alarma, han actuado en el escalón de una vulnerabilidad social y económica extrema a la vista de su cuantía de los subsidios extraordinarios y de la falta de rentas que su percepción exige, así como de la extrema temporalidad de esa protección. En la segunda quincena de abril, el SEPE estimaba en más de un millón los parados que no recibían ninguna prestación ni subsidio por desempleo. La extensión de la protección se ha correspondido con su baja intensión.

Para sufragar el coste incrementado de las prestaciones por desempleo y evitar la presión sobre los fondos del desempleo, esta legislación de emergencia ha tomado la discutible decisión de desafectar la cuota de formación profesional para el empleo y destinar los ingresos derivados de la cotización por formación profesional del ejercicio 2020, con carácter excepcional y extraordinario y en la proporción reglamentariamente determinada, a la financiación de cualquiera de las prestaciones y acciones del sistema de protección por desempleo de la LGSS, o para financiar programas que fomenten la contratación de personas desempleadas o les ayuden a recuperar empleo. Es difícil contribuir a la recuperación del empleo y evitar el desempleo, en el difícil trance social y económico que nos aguarda, sin políticas de formación.

Este Derecho *en* la emergencia ha arbitrado una protección extraordinaria por cese de actividad de trabajadores y empresarios autónomos como solución singular a un gravísimo problema común de fuerza mayor temporal y de pérdidas económicas relevantes,

causadas, aquella, por la suspensión decretada por el estado de alarma, y estas, sin suspensión de sus actividades, por la emergencia sanitaria. Tienen estas prestaciones extraordinarias una vigencia limitada hasta el último día del mes en que finalice el estado de alarma, salvo prórroga. El tiempo de su percepción se entiende como cotizado, no existiendo obligación de cotizar, y sin que su percepción compute para los períodos de prestación por cese de actividad futuro.

Se han establecido moratorias en las cotizaciones de autónomos y empresas y aplazamientos en el pago de deudas con la Seguridad Social. Los amortiguadores sociales han traspasado el ámbito laboral o profesional y se han traducido en ayudas para empresas, deudores hipotecarios, arrendatarios, víctimas de violencia de género, y más genéricamente para familias y colectivos en situaciones de vulnerabilidad económica y social, fuera del ámbito propio de los sistemas de Seguridad Social.

En fin, la emergencia ha reactualizado el debate sobre la necesidad de implantar un *ingreso mínimo vital*, que, con diferentes formulaciones, viene de lejos, pudiendo remontarse a los revolucionarios franceses sobre el derecho de los individuos a la asistencia del Estado por falta de trabajo. Ese debate no debe perder de vista, además de las competencias de las Comunidades Autónomas, el más general sobre el futuro de un trabajo justo, inclusivo y seguro (*Declaración del centenario de la OIT sobre el futuro del trabajo*, 21 junio 2019) y de un Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social construido centralmente sobre la inversión en trabajo productivo y decente para todos, hombres y mujeres, como factor indispensable de integración social y de un desarrollo sostenible «que ponga fin a la pobreza y no deje a nadie atrás». Y esto ha de acompañarse de la extensión de un «piso de protección» social universal y sostenible –mediante técnicas fiscales, la reasignación de las prioridades del gasto público, las cotizaciones sociales y las ayudas de la comunidad internacional– para satisfacer necesidades de las personas desde el nacimiento a la vejez, poner fin a la pobreza y permitir a la economía prosperar y ganar estabilidad. En definitiva, el ingreso mínimo vital, que se espera llegue a 2,3 millones de personas y 850.000 hogares, y que supone un nuevo modelo de protección social, no puede desligarse de compromisos de empleo en el desconfinamiento y la reconstrucción.

De nuevo aquí la experiencia acumulada de la crisis de 2008 ha marcado el camino por el que no debía discurrirse en la emergencia sanitaria, ni en la reconstrucción. Pero nada asegura que, en la situación de profunda recesión social y económica venidera, en que se vaticina que el ajuste afectará al empleo de la economía formal, la actuación sobre el sistema económico y el empleo vaya a sostenerse sobre pautas expansivas del gasto privado y del público que presionen en exceso sobre la capacidad de endeudamiento del Estado.

[Sobre la acción de la UE, en un trance existencial y de legitimidad política, véase la voz «Pandemia: perspectiva económica»].

BIBLIOGRAFÍA

«El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la pandemia de COVID-19», n.º 4 (monográfico) de la revista *Derecho de las Relaciones Laborales* (abril 2020).

María Emilia Casas Baamonde
Académica electa de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas
Presidenta Emérita del Tribunal Constitucional
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Complutense

PANDEMIA: PERSPECTIVA SOCIOLÓGICA

A finales del año 2019 apareció en Wuhan, una inmensa ciudad china hasta entonces casi desconocida en Europa, un nuevo virus de la familia de los coronavirus, bautizado como COVID19, que pronto se extendió por toda China, después por Asia, llegó a Europa a comienzos del 2020, para saltar posteriormente a América. Parece evidente que no ha terminado su expansión futura que dependerá de dos variables (encontrar medicación adecuada y/o la vacuna).

Se trata de una experiencia nueva, que el mundo no había sufrido desde la gran gripe llamada «española» del 1918, que ha succionado sociedad tras sociedad como un agujero negro, y que no sabemos bien ni cuando nos liberará ni en qué condiciones lo hará. Miles de millones de personas encerradas en sus casas, calles vacías, universidades, escuelas, teatros, calles, aeropuertos, desérticos, como en una pesadilla. Una catástrofe sanitaria con miles de muertos en todos los países, que ha obligado a un confinamiento y paralización total durante semanas, y que trae consigo una crisis económica nunca vista, con caídas del PIB superiores al 10%, que sin duda será seguida después por otra crisis social e, inevitablemente, política, de un alcance actualmente difícil de prever.

Es importante señalar que en absoluto se trata de un evento inesperado, al contrario. Epidemiólogos y expertos en sanidad pública, organismos internacionales como la OMS, *think tanks* y analistas de la globalización y todas las estrategias de seguridad nacional de los países advertían de la pandemia como un riesgo sistémico global, a la par con el cambio climático. Así, por ejemplo, la española «Estrategia de seguridad nacional» (de 2017) señalaba en cuanto a desafíos a tratar: *la inestabilidad económica, la vulnerabilidad energética, los movimientos migratorios, las emergencias y catástrofes, las epidemias y pandemias y el cambio climático*. Y añadía acertadamente: *España, un país que recibe más de 75 millones de turistas al año, con puertos y aeropuertos que se cuentan entre los de mayor tráfico del mundo, un clima que favorece cada vez más la extensión de vectores de enfermedades, con una población envejecida y una situación geopolítica polarizada, no está exenta de amenazas y desafíos asociados a enfermedades infecciosas tanto naturales como intencionadas*.

Esta es la primera enseñanza de la pandemia de la COVID19: que se menosprecia a los expertos. Se sabía y se esperaba, pero no nos preparamos, pues no planificamos, ni para el largo plazo (como el cambio climático) ni para lo poco probable, para los cisnes negros (como las zoonosis).

¿Con qué consecuencias? Aunque conocemos las consecuencias en el corto plazo de la pandemia, es difícil prever las de medio y largo plazo pues carecemos de experiencias previas. Para algunos, nada será igual tras la pandemia. Otros, más escépticos, aseguran que se trata más bien de un *acelerador de tendencias* ya existentes. Parece que las dos cosas al tiempo: un acelerador de tendencias ya existentes, pero que nos lleva a un mundo en parte nuevo. Lo nuevo surge siempre a partir de lo viejo; la Historia tiene una fuerte dependencia de senda y nadie puede librarse de la mochila de esa Historia, ni los individuos ni las sociedades.

Señalaré algunas consecuencias ya evidentes y apuntaré otras de medio y largo plazo, que lo son menos. Entre las ya evidentes, creo que merecen destacarse las cuatro siguientes:

1. Un fuerte proceso de *fortalecimiento de los Estados*, que ganan competencias tanto hacia adentro como hacia afuera, debilitando los sistemas de poder multinivel y, más en concreto, todos los organismos multilaterales. Pierde pues el multilateralismo y gana el unilateralismo de un mundo bi o multipolar, más hobbesiano y basado en relaciones de poder, que kantiano y basado en reglas. Por el contrario, se ha cumplido lo que Richard Haas llama la «obligación soberana»: que los Estados son responsables de lo que ocurre en su territorio ante la comunidad internacional, y tienen que dar cuenta de ello (*ad intra* y *ad extra*). La razón es que solo los Estados han sido capaces de movilizar los recursos necesarios. Disponen de inmensos recursos económicos (por ejemplo, si a la UE le cuesta movilizar el 1% de su PIB, los Estados pueden movilizar más del 50%), tienen recursos políticos (una inmensa y entrenada burocracia) y tienen poder duro (gendarmes, ejército) y blando (medios de comunicación y propaganda). La pandemia ha venido así a re-estatalizar el mundo cuando, como consecuencia de la globalización, estaban perdiendo relevancia. Una tendencia reforzada por la posterior crisis económica, pues caminamos inevitablemente hacia una economía más estatalizada con mayor intervención y control, nacionalizaciones de empresas estratégicas, mayor fiscalidad y una renta mínima vital (inevitable por otra parte), que hace que porcentajes crecientes de la población acaban en nómina del Estado. Todo ello acentúa seriamente el riesgo de autoritarismo. Una sociedad desperdigada, atomizada, incapaz de manifestarse o agregarse por el confinamiento, frente a un poder político muy reforzado.
2. La segunda consecuencia evidente es un *proceso desglobalizador*, aunque puede que sea solo parcialmente, y solo temporalmente. Gana claramente la relocalización, acortando las cadenas de producción, y ello por dos razones. De una parte, la importancia (re-descubierta) de empresas y suministros estratégicos, que los Estados ya no van a confiar a otros países. No solo en temas sanitarios, por supuesto. Que China produzca el 80% de los antibióticos del mundo mientras Europa no produce un solo gramo de paracetamol no es algo aceptable. Pero también en cuestiones como suficiencia alimentaria, energética y de (ciber) seguridad. Pero no solo los Estados, también las empresas han descubierto el riego de cadenas de producción largas y complejas, muy vulnerables. De modo que, frente a cadenas globales mundiales, se tenderá a cadenas más próximas, probablemente regionales. Pensemos que, además, los salarios globales se han armonizado (hoy los salarios en Portugal son iguales a los de la costa este de China). Y añadamos el impacto de la impresión 3D. Todo ello debilitará el comercio mundial, marítimo, sobre todo, pero

puede reforzar las grandes áreas metropolitanas ya existentes como *hubs* regionales de producción. China sobre todo puede sufrir como consecuencia de esta relocalización mientras otros países (México o el Magreb, por ejemplo) pueden ganar en relación con la producción de países vecinos (Estados Unidos o la UE respectivamente). Y, al contrario, todas aquellas actividades que se pueden teletrabajar van a verse reforzadas, y ello camina en el sentido de la globalización; la India puede verse beneficiada frente a China.

3. En tercer lugar, gana claramente la *digitalización* a consecuencia del obligado aprendizaje masivo en el uso de las Tecnologías de la Información y la Comunicación, que ha forzado una alfabetización digital casi total en hogares y en empresas. Digitalización que se ha demostrado esencial para la sociabilidad vía las redes sociales en «hogares virtuales». Inevitable también para el teleconsumo mientras el pequeño comercio a pie de calle ha tenido que cerrar. Y finalmente (y sobre todo) ha forzado la generalización del teletrabajo, muy importante para trabajadores y empresas que lo van a interiorizar, con consecuencias en las culturas empresariales, el transporte, la movilidad urbana y la vivienda. Pensemos además que el teletrabajo facilita la conciliación a las mujeres trabajadoras. Incluso en el control social a través de la Inteligencia Artificial y del Internet de las Cosas, buena parte de las barreras sociales tienden a suavizarse por exigencias sanitarias, a costa de la privacidad.
4. Finalmente se profundiza la *dualización*, consecuencia ya en marcha de la globalización. Todo lo que une, separa, y la globalización ha unido el mundo (ciertos mundos), pero al tiempo lo ha separado internamente. De modo que las sociedades nacionales se han dualizado, dividiéndose entre una minoría urbana conectada en cadenas de producción y de información trasnacionales, y los demás, los *left behind*, los abandonados. De una parte, una elite cosmopolita, metropolitana, que habla idiomas, es políticamente correcta, tiene buena educación y buenos salarios, Y de otra, los territorializados, sin estudios, con malos y precarios empleos, en sectores en decadencia, políticamente incorrectos, frecuentemente rurales, en todo caso marginales, *outsiders* a la red mundial. Pues bien, la brutal crisis económica derivada de la pandemia acentúa esa dualización. Pierden su empleo los trabajadores de sectores informales (economía sumergida; en algunos países más del 40%), pierden los trabajadores de los servicios (hostelería, restauración, comercio), todos ellos poco cualificados y con empleos temporales. Y pierden doblemente, en el corto plazo porque se quedan sin trabajo, pero en el medio porque muchas actividades se van a digitalizar, como es el pequeño comercio de calle o la restauración. Por el contrario, ganan todos aquellos que pueden teletrabajar, que son educados. Alguna investigación reciente (C. McCurdy & M. Gustafsson, *Risky business: Economic impacts of the coronavirus crisis on different groups of workers*, Resolution Foundation, April 2020) muestra que mientras el 47% de los titulados superiores pueden trabajar desde su domicilio, solo el 6% de los no cualificados pueden hacerlo.

Emilio Lamo de Espinosa
Académico de Número de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas
Catedrático Emérito de Sociología
Presidente del Real Instituto Elcano

CIENCIAS POLÍTICAS

ÁFRICA

África, el continente olvidado, el último en incorporarse al sistema-mundo y el último en incorporarse a la actual globalización, es sin duda, y todavía, el gran desconocido, e incluso menospreciado.

Lo primero que se desconoce es su inmenso tamaño, que las proyecciones geográficas ocultan. En los mapas usuales África no parece mucho más grande que Groenlandia, cuando en realidad es quince veces más grande. Con más de 30 millones de km^2, puede contener a Estados Unidos, China, India y Europa juntos, pues suma más que las dos Américas y es solo superado por Asia (pero debido a la inmensidad desértica de Siberia). Un inmenso tamaño que acoge una gran diversidad interna, de modo que se suele hablar al menos de cinco regiones africanas: el norte árabe-musulmán (7 países), el oeste de la costa de Guinea (15 países), el este, abierto al océano Indico (14 países), el centro (con 9 países), y el cono sur (con 10 países).

Pero el Mediterráneo primero y el Sahara después actuaron como barreras naturales ocultado el África «negra», de modo que ni los occidentales, ni siquiera los árabes, penetraron mucho más de lo que era el sur del Sahara y, vía marítima, en la costa oriental. Todavía a comienzos del XIX casi todo el interior de África era *terra incognita* para los occidentales, hasta los exploradores ingleses de mediados de ese siglo.

Dos excepciones a este desconocimiento de África. El norte musulmán sí ha formado parte de la historia de Occidente desde la hégira islámica y la expansión sobre Europa por el este (hasta Francia; batalla de Poitiers, 732) y por el oeste hasta la frontera con China (batalla de Talas, 751). El Islam ha sido al tiempo la frontera y la vía de comunicación de Europa tanto con el Oriente como con el sur africano. La segunda excepción la constituye la costa oriental africana, explorada primero por Portugal e incorporada más tarde al tráfico de esclavos hacia América, que acabaron teniendo en los países de recepción (y aún tiene) más importancia de la que cabría esperar, dado el radical desgarramiento, des-aculturación y brutalidad que suponía.

Así pues, salvo el norte musulmán, vinculado por el gran corredor que es el Mediterráneo, África permaneció fuera de las rutas comerciales o de emigración euroasiáticas o atlánticas. Incluso hoy, la inmensa mayoría de la población occidental desconoce que la guerra más letal después de la Segunda Guerra Mundial fue la Gran Guerra de África que, entre 1998 y el 2003, implicó a nueve países generando más de 5 millones de muertos y 2 millones de desplazados. Un suceso que pasó casi ignorado para los medios de comunicación occidentales.

La incorporación de África al sistema-mundo fue consecuencia de la construcción de los Imperios europeos en el siglo XIX, que dio lugar a la casi total colonización del continente, hasta el punto de que, en la Conferencia de Berlín de 1884, siete países europeos se repartieron todo el continente dejando solo dos países soberanos (Liberia y Etiopía). Una situación de total sometimiento, en ocasiones brutal, que va a continuar hasta la Segunda Guerra Mundial cuando el uso de tropas coloniales en los conflictos de las metrópolis primero, y la radical destrucción de Europa después, llevo al

importante proceso descolonizador de la posguerra, sin duda el antecedente del posterior proceso de emergencia de nuevos países. Y así, amparados en el contexto de la Guerra Fría, las luchas de liberación en África en los años 50-70 darán lugar a nada menos que 50 nuevos países. Países o, con más propiedad, Estados, pues la inmensa diversidad étnica y lingüística de la mayoría de ellos ha dificultado (y lo sigue haciendo) su articulación interna. Baste pensar que en África se hablan más de 2.000 lenguas vivas, el 30% del total, lo que da una media de hasta 35 lenguas por país y una media de menos de 500.000 hablantes por lengua. Razón por la que en casi todos ellos la lengua del país colonizador continúa funcionando como *lingua franca*.

Un contexto que dio lugar a la aparición en 1963 de la OUA (Organización para la Unidad Africana), reconstituida en el 2002 como la UA (Unión Africana), impulsada por algunos de los grandes líderes panafricanistas no alineados en la Guerra Fría, que contaba con 53 Estados miembros, más la República Árabe Saharaui Democrática, que impulsó la descolonización del continente. La actual UA cuenta con todos los Estados reconocidos internacionalmente de África a excepción de los territorios gobernados por potencias europeas, un total de 55 Estados.

Cuando se habla de África actual, las posiciones devienen tajantes, basadas, o bien en un continente con sombrías previsiones, o bien en un continente en despegue que tendrá, según las previsiones más optimistas, un papel fundamental en el escenario internacional. Ambas cosas son posibles.

Lo primero por la impresionante demografía africana, pues los poco más de 1.200 millones actuales se estima que superarán los 2.500 para mediados de siglo y podrían alcanzar los 4.200 para finales del siglo XXI, muy cerca ya de la población asiática. Cifras inmensas, en buena medida consecuencia de que la edad media en todo el centro de África es inferior a los 20 años. Para esas fechas, por ejemplo, Naciones Unidas estima que Nigeria podría tener más de 750 millones y el Congo cerca de 400.

La llamada «tercera ola» democratizadora del mundo ha llegado también a África muy lentamente, sin duda por la dificultad de construir Estados viables y las tensiones entre vecinos e intra-estatales. No obstante, se aprecian mejoras sobre todo en el golfo de Guinea y en el sur, aunque no en el África central. Esta debilidad institucional y lo que conlleva (inseguridad física y jurídica) dificulta enormemente la inversión extranjera y el crecimiento económico, y la condena a ser proveedora de materias primas de Occidente y ahora, además, de China.

A pesar de ser una región con enormes riquezas naturales, el PIB agregado supera poco los 2 billones de dólares con una renta *per capita* que no llega a los 2.000 dólares y con enormes diferencias entre países. En conjunto, poco más del 2,5% del PIB mundial a pesar de ser más del 16% de la población. Riqueza muy concentrada en seis países que generan más de las 2/3 partes del total. Cierto que la pobreza ha empezado a descender incluso en el África subsahariana, que si era de más del 50% en 1990 estaría hoy cerca del 30% y descendiendo. Pero es todavía la gran bolsa de pobreza del mundo, más de 400 millones, casi la mitad del total.

Pero es de destacar que, en la última década, algunas de las economías mundiales de mayor crecimiento (por encima incluso del 10%) son africanas, tomando el relevo y superando a las asiáticas gra-

cias a diversos factores: incremento en el precio de las materias primas exportadas, aumento del consumo interno, mejora de la gobernanza y mayor estabilidad económica en varios países.

El gran tamaño del continente y las enormes distancias y dificultad de comunicación crean grandes barreras al comercio intra-africano. La distancia media entre las grandes metrópolis africanas es de más de 4.000 km mientras en Europa, por ejemplo, es de menos de 1.300, de modo que el déficit en infraestructuras es crítico. Si el comercio intra-asiático es, por ejemplo, del 48% de las exportaciones, y el intra-latinoamericano del 20%, el intra-africano es de menos del 10%. De ahí la importancia del reciente Acuerdo Continental Africano de Libre Comercio (African Continental Free Trade Area, AFCFTA) suscrito en 2018 y firmado por 44 países, que exige una reducción de tarifas del 90% permitiendo la libre circulación de bienes y servicios en todo el continente.

A pesar del desconocimiento e incluso indiferencia de la sociedad española hacia el continente, el eje atlántico concentra buena parte de las amenazas para la seguridad, incluidos el terrorismo (zona del Magreb-Sahel), la piratería (golfo de Guinea) y el tráfico de drogas (golfo de Guinea, Sahel, Caribe y Suramérica) y de inmigración ilegal (golfo de Guinea y costa noroccidental africana). Además, Nigeria y Angola proveen alrededor de un 17% de las importaciones españolas de petróleo, y alrededor del 15% del gas proviene del golfo de Guinea (principalmente de Nigeria). Y el Atlántico nororiental y el golfo de Guinea representan respectivamente la primera y la tercera zona de importancia pesquera para España. A destacar el potencial de países como Nigeria, Angola o Sudáfrica en la costa occidental africana.

BIBLIOGRAFÍA

Cooper, F.: *Africa since 1940: The past of the present*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

García Moral, E.: *Breve historia del África subsahariana*. Madrid: Nowtilus, 2017.

Murithi, T., ed.: *Handbook of African international relations*. Oxford: Routledge, 2014.

Emilio Lamo de Espinosa
Académico de Número de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas
Catedrático Emérito de Sociología
Presidente del Real Instituto Elcano

VER TAMBIÉN: ASIA-PACÍFICO / DEMOGRAFÍA / DESCOLONIZACIÓN / GLOBALIZACIÓN / GUERRA Y CONFLICTO / **PANDEMIA: PERSPECTIVA INTERNACIONAL** / POLÍTICA EXTERIOR DE ESPAÑA / RELACIONES INTERNACIONALES / SOCIEDAD INTERNACIONAL

AGENDA DIGITAL

La humanidad ha estado viviendo en un mero nivel de subsistencia (salvo el excedente del que disponía una élite aristocrática) hasta finales del siglo XVIII. Las dos revoluciones industriales (la del carbón y la máquina de vapor primero, y la de la electricidad y el motor de explosión con el gas y el petróleo, después) aumentaron de forma increíble la capacidad de producción de alimentos y bienes de consumo, reduciendo sustancialmente el esfuerzo físico de producción, que antes se realizaba exclusivamente por músculo humano o animal, aumentando la velocidad de producción y facilitando decisivamente el transporte de mercancías. El resultado de las mismas fue el consumo y el ocio de masas y la reducción al mínimo de la escasez de bienes esenciales para la subsistencia.

La tercera y cuarta revoluciones industriales son diferentes. Las revoluciones digitales (la tercera es la aparición de la computación y robotización, la cuarta la de los sistemas inteligentes) ayudan a reducir el esfuerzo intelectual del proceso productivo, a ir sustituyendo por máquinas actividades tediosas, pesadas y alienantes de nuestro cerebro.

La revolución digital comienza tras la Segunda Guerra Mundial, con las primeras máquinas de cálculo. En los años 50, los núcleos de ferrita permitieron dar el salto al almacenamiento y, sobre todo, la reproducción de la información en bits. Y desde entonces la capacidad de proceso y almacenamiento no ha dejado de crecer. La ley de Moore expresa que aproximadamente cada dos años se duplica el número de transistores en un microprocesador, es decir que desde 1975 se ha ido duplicando la potencia de los ordenadores, y la ley Kryder nos dice que la capacidad de almacenamiento se duplica cada 12 meses

En los 60 y 70, las investigaciones militares en los Estados Unidos llevaron a conectar los ordenadores entre sí de forma descentralizada; es el origen de internet, que llegará al gran público a comienzos de los 90. También las redes han crecido de forma exponencial: la ley Nielsen comprueba que la velocidad de internet se duplica cada 21 meses.

En el momento actual nos hallamos en el desarrollo de la inteligencia artificial (IA), área de la computación fundada en torno a 1956. La IA como tecnología tiene por objeto la creación de máquinas inteligentes que funcionan y reaccionan como seres humanos. El reconocimiento de voz y los asistentes virtuales son ejemplos recientes de IA aplicada.

El aprendizaje automático o *machine learning* es un subconjunto de la disciplina de IA y se define como la capacidad que tienen las máquinas de recibir un conjunto de datos y aprender por sí mismas, cambiando y ajustando los algoritmos a medida que procesan información y conocen el entorno.

Si la máquina es así capaz de detectar similitudes, diferencias o anomalías en las variables y en base a esta información crear reglas o categorías se denomina *deep learning*: las máquinas buscan patrones por sí mismas, es la IA más avanzada. Junto a ello el internet de las cosas: no solo conectar los ordenadores entre sí, sino a los mismos con todo tipo de objetos de la vida cotidiana, por ejemplo el coche conectado.

La Agenda Digital es, por tanto, el conjunto de políticas públicas destinadas tanto a mejorar el bienestar social que deriva de estos cambios tecnológicos como a cambiar los paradigmas regulatorios para adaptarlos a las nuevas realidades sociales y económicas derivadas de la aplicación de la tecnología digital.

Desde el punto de vista económico, los efectos se dejan ver por todas partes.

En primer lugar, se ha producido una enorme reducción de los costes de búsqueda, lo que lleva a una mayor competencia en precios (la media de precios baja, aunque sorprendentemente no parece que la dispersión disminuya) y la llamada polarización de la variedad: un refuerzo de los «productos nicho», pero a su vez la creación de productos *superstar* (consumidos de forma masiva a través de la red) y del negocio de plataformas de búsqueda (el más emblemático es Google).

En segundo lugar, la digitalización ha producido la aparición de bienes no rivales digitales y de coste marginal cero. La información y los servicios digitales tienen la característica de ser no rivales, su consumo por una persona no impide su consumo por otra. Este mismo artículo es un ejemplo: cuando usted lo haya leído, eso no impedirá que otro lector lo haga, incluso usted mismo otra vez. Pero al contrario que el formato impreso que tiene un coste en imprenta y papel, el formato digital se puede transmitir a coste prácticamente cero. Ello produce el fenómeno masivo de la piratería y la transformación de los modelos de negocio a través de plataformas (Spotify o Netflix), lo que lleva a un cambio radical en la propiedad intelectual. Pero también aparece el fenómeno extraño de bienes públicos digitales (no excluibles) como Wikipedia, que desafían los postulados tradicionales de la teoría económica.

En tercer lugar, se reducen sustancialmente los costes de transporte físico, ya que es más fácil organizar entregas, calcular rutas y stocks y aparecen nuevas formas de comercio electrónico con grandes plataformas (Amazon o eBay).

Y por último, quizá lo más importante y polémico, se han reducido increíblemente los costes de seguimiento (*tracking*), de conocimiento individual de las personas y también los costes de gestión de grandes masas de información individual.

Este conocimiento de cada individuo tan intenso y manejable ha dado lugar a muchas preguntas: ¿se está realizando una discriminación monopolista de primer grado (cobrar a cada consumidor lo que está dispuesto a pagar frente a un precio uniforme)?; ¿cuánto hemos de valorar la privacidad?; ¿cómo se deben repartir los beneficios de la digitalización entre los innovadores y los sujetos? Y muchas más.

Respecto a lo primero, parece que la digitalización permite un grado mayor de discriminación entre consumidores, pero más en cuanto a la publicidad que se les dirige (como pago indirecto de los servicios de las plataformas) que en cuanto al precio que se les cobra.

Lo segundo, el análisis de la economía del dato se ha convertido en una disciplina en sí misma. La política pública ha de conciliar objetivos muchas veces contrapuestos. Por un lado, cuanto más abierto el acceso a los datos por parte de los innovadores tecnológicos, más aplicaciones y avances surgirán y la mejora del bienestar a través de la tecnología avanzará más

rápidamente. Pero al mismo tiempo, un acceso libre implica la posibilidad de conocer casi todo de cada individuo, una intromisión en su intimidad e incluso un mayor control social y político.

Además, tanto la inteligencia artificial que puede actuar como factor de producción no rival, como la acumulación de datos en pocas empresas o agentes, puede producir economías del tipo «el ganador se lo lleva todo» o «casi todo» e impedir la competencia de empresas de menor tamaño.

A nivel de países este tipo de ventajas puede redundar en beneficio de los más desarrollados y mejor integrados en la economía global e incluso discriminar por aquellos que tienen lenguas de comunicación globales. Sin embargo, también la digitalización parece haber sido el vehículo de la rápida convergencia económica de Asia con el mundo desarrollado en las dos últimas décadas.

Incluso nuestras cuentas económicas, como la contabilidad nacional o la balanza de pagos, se han quedado obsoletas al no incluir el flujo de datos como parte de las relaciones económicas dentro de cada país y en el ámbito internacional. A nivel regional, puede dar ventaja a los grandes núcleos urbanos a través de economías de aglomeración de la información.

En cuanto a la distribución del excedente económico creado por la explotación de los datos, dependerá del grado de sustituibilidad entre los datos y otros factores de producción y del poder de mercado de los innovadores, que a su vez depende de lo complejo que sea replicar su tecnología. Aquí hay también un espacio para la política pública e influir en el reparto de ese excedente. La llamada «tasa Google» es un ejemplo de ello.

En definitiva, solo en el ámbito económico las novedades de regulación para este siglo XXI son inmensas. Para evitar problemas de acaparamiento de datos y acumulación de poder de mercado se proponen políticas de portabilidad e interoperabilidad, incluso la creación de un ente público que gestione los datos a la manera de un bien público, dadas sus similitudes.

Sobre la privacidad existe una gran incertidumbre sobre cuánto de verdad la valoramos como individuos y, por tanto, cuántos recursos debemos destinar a su protección. Lo que es evidente es que, además de su valoración económica, la posibilidad de control o manipulación social a través del uso de sistemas inteligentes de análisis de datos entra en la necesidad de políticas de defensa de nuestro sistema democrático y nuestras libertades constitucionales.

Ahora bien, toda gran innovación tecnológica ha traído cambios sociales, institucionales y legales muy profundos, que no siempre se abordaron bien en los primeros momentos. La Revolución industrial cambió la forma de producción y las antiguas reglas gremiales de maestros y aprendices quedaron obsoletas. Se tardó tiempo y una gran conflictividad social en desarrollar el Derecho laboral y el Estado de bienestar. Hoy nadie estaría de acuerdo en dar la razón a los luditas de entonces y acabar con las máquinas, y volver a los telares a mano.

En el mundo actual hay muchos desafíos de política pública que componen la Agenda Digital, y no siempre se darán los pasos adecuados para adaptar las legislaciones y las instituciones a la nueva realidad, pero limitar el uso de las tecnologías digitales y los datos para la innovación y el crecimiento económico sería incurrir en los mismos errores del ludismo del primer tercio del siglo XIX.

BIBLIOGRAFÍA

Baldwin, R.: *The Great Convergence*. Cambridge: Harvard University Press, 2016.
Carrière-Swallow, Y.; Haksar, V.: «The Economics and Implications of Data». IMF Documento 19/16 (septiembre 2019)
Goldfrab, A.; Tucker, C.: «Digital Economics», en *Journal of Economic Literature*, 57:1 (2019).

Álvaro Nadal
Técnico Comercial y Economista del Estado
Ex Ministro de Energía, Turismo y Agenda Digital

VER TAMBIÉN: ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA / BIG DATA / DATOS PERSONALES / DEMOCRACIA GLOBAL / GLOBALIZACIÓN / INFORMÁTICA JURÍDICA / POLÍTICA CIENTÍFICA / PROGRESO / PROPIEDAD INTELECTUAL / PROTECCIÓN DE DATOS

ANARQUISMO

Al analizar el anarquismo como ideología resulta más apropiado hablar de anarquismos en plural, pues las diferencias entre distintas corrientes son fuertes, incluso respecto a un concepto aparentemente compartido como su antiestatismo. Las manifestaciones teóricas anarquistas se han ido diferenciando, matizando, ampliando, a lo largo de los dos últimos siglos, y no ha tenido éxito una síntesis de las distintas líneas.

El primero en establecer claramente los principios anarquistas, aspirando a la disolución de «la máquina brutal del gobierno político», fue William Godwin (1756-1836). Escribió con rotundidad que el Estado era innecesario y criticó su moderna justificación a través del contrato social. Para él, los seres humanos son esencialmente racionales, inclinados por educación e ilustración a vivir de acuerdo con la verdad y las leyes morales universales. Los hombres tienden a organizarse de manera armoniosa y pacífica. Solo que la influencia corruptora del Estado, y no el pecado original, les lleva a la injusticia y a la ambición.

La idea de la solidaridad (mutualismo) fue puesta por el francés Pierre-Joseph Proudhon (1809-1865) en el centro de su crítica a la nueva sociedad industrial y de su defensa del retorno a la agricultura y a la artesanía, a la producción a pequeña escala. Sus eslóganes «la propiedad es un robo» y «anarquía es orden» exigían que todas las formas de organización debían evitar la explotación y fomentar la armonía social. Por su parte, el ruso Mijail A. Bakunin (1814-1876) puso en el centro de su pensamiento y acción el rechazo a la existencia del Estado y a cualquier forma de organización política que se imponga a la libre acción de los individuos (partidos políticos, elecciones parlamentarias). En lugar del Estado debía instaurarse un sistema de comunas libres federadas entre sí. Otros, sin embargo, entendían el individualismo de una manera radical, como el alemán Max Stirner (1806-1856): en *El Único y su propiedad* habla de un individuo independiente, el único que tiene una existencia real, por lo que hay que eliminar toda institución que lo limite (el Estado, la moral y toda consideración sentimental; la propiedad privada, para que cada uno pueda apropiarse de lo que considere necesario para su vida).

En torno a 1870 se habían formado dentro de la Asociación Internacional de Trabajadores (AIT) dos corrientes enfrentadas entre sí, la de Karl Marx y la de Bakunin. Las diferencias entre ambas se iban a agudizar en torno a la experiencia de la Comuna de París (1871), y la ruptura se produjo en el Congreso de la AIT de 1872. Las críticas de los anarquistas al marxismo giraban en torno a los siguientes puntos: 1) Rechazan la estructura económica como factor explicativo y acuden a las esperanzas utópicas de las masas; 2) No aceptan que el proletariado sea la clase revolucionaria, pues hay otros grupos sociales con capacidad revolucionaria (campesinos, minorías étnicas, subclases urbanas, etc…); 3) No tienen confianza en los partidos políticos, sino en los instintos espontáneos de las masas. La idea de un partido revolucionario es elitista y una receta para la dictadura; 4) Se manifiestan contrarios a la «dictadura del proletariado» y rechazan tanto el capitalismo como el poder del Estado.

Piotr Kropotkin (1842-1921) trató de hacer más convincente al anarquismo convirtiéndolo en una filosofía social sistemática basada en principios científicos: frente al darwinista principio de selección natural estaba el principio de cooperación establecido libremente sin necesidad de un establecimiento autoritario. Otros anarquistas, como la estadounidense Emma Goldman (1910-1940), añadieron otros ingredientes al anarquismo, en concreto la dimensión feminista.

A comienzos del siglo xx, el anarco-sindicalismo fue un fenómeno anarquista muy relevante, especialmente en los años treinta en España. Pensaba que los sindicatos no solo deberían preocuparse por la mejora de las condiciones laborales de sus miembros, sino que tendrían que tener también una función educativa para la sociedad del futuro: establecer instituciones autogestionarias para que, cuando llegara la revolución, a través de la huelga general, los obreros estuvieran preparados para la transformación de la sociedad. Los principios de la española Confederación Nacional del Trabajo (CNT) se resumen en un texto de José Peirats, donde afirma que la CNT lucha por la supresión del capitalismo y del Estado, pues «el Estado es por naturaleza un órgano de opresión, de corrupción y de privilegio… es el enemigo número uno del progreso social…, obedece siempre a una mentalidad de casta». Y añade que la lucha directa es el instrumento principal, y «toda desviación del principio de lucha directa se sobreentiende como colaboración; es decir, como negación del principio de lucha de clases»; y concluye que «la conquista del Estado es siempre una ilusión. El Estado conquista finalmente a todos sus conquistadores. O convierte en Estado a cuantos llegan hasta él, por sufragio o por asalto» (J. Peirats, 1978: 20)

Tras la Segunda Guerra Mundial, las corrientes anarquistas tuvieron poca presencia pública hasta que en los años sesenta, en Estados Unidos especialmente, esas ideas influyeron en los movimientos de la *New Left* y la Contracultura. En las décadas siguientes hay un cierto florecimiento del pensamiento y de actitudes anarquistas, que, aunque diferenciadas y con distintos acentos, han podido ser clasificadas por Murray Bookchin (1995) en dos grandes corrientes: un anarquismo individualista y un anarquismo social:

A) Dentro del anarquismo individualista hay, a su vez, diferentes tipos: el *anarquismo filosófico* que se centra en el rechazo total a la coerción para proteger los derechos negativos del individuo racional, afirmando que solo los acuerdos consensuales proporcionan una base legítima para la interacción humana (Robert P. Wolff 1976: 24-27). Otro tipo de anarquismo individualista es el *anarco-capitalismo*, asociado a los nombres de Murray Rothbard y David Friedmann: el Estado es una institución coercitiva que impide ilegítimamente los acuerdos privados e incide en los derechos individuales sobre el propio cuerpo y la propiedad privada. Pero su concepción del individuo como un entidad autosuficiente rara vez va asociada a los principios de la igualdad, la solidaridad o la crítica de la jerarquización (Charles Johnson, 2008: 169-174).
B) El anarquismo social, por su parte, se puede identificar con los siguientes principios: 1) el rechazo al Estado y a las instituciones estatales; 2) el rechazo del capitalismo como un conjunto de prácticas y de normas coercitivas y jerárquicas; 3) un concepto «líquido» del yo, en el que la propia identidad individual se

considera intrínsecamente vinculada al contexto y a las relaciones con los demás; 4) la afirmación de que los medios utilizados tienen que ser de tal naturaleza que prefiguren ya los objetivos anarquistas (Franks, 2006: 12-18).

Todos estos elementos se expresan en el concepto de «acción directa», en la que los oprimidos no dejan en manos de representantes y de líderes el proceso de cuestionamiento de la jerarquía. Frente a la jerarquía quieren desarrollar relaciones mutuas beneficiosas, pero prefieren la acción del Estado –que es una institución jerárquica y egoísta– a otras formas más burdas de jerarquía económica como las del capitalismo no regulado. Cabe decir, por ello, que los anarquistas sociales critican al Estado cuando este apoya con sus instituciones las relaciones de propiedad que fomentan la desigualdad, mientras que los anarco-capitalistas apoyan estas funciones siempre que sean realizadas por la empresa privada.

Algunos teóricos han intentado establecer una filosofía política anarquista, que es en realidad más bien una forma de vida, cuyos principios serían los siguientes: 1) compromiso contra el autoritarismo en cualquier forma que se presente; 2) ampliación de los objetivos de lucha a las relaciones de género, la ecología, la sexualidad y la libertad en todas sus formas; 3) entender el anarquismo como una teoría de la práctica, como una teoría táctica, ya que la única perspectiva para avanzar es «hacer lo que uno pueda, dondequiera que pueda y como quiera que pueda» (Williams, 2007). En resumen, el anarquismo «no se opone a la organización», sino que se trata de crear nuevas formas de organización: crear y extender «redes basadas en principios de democracia descentralizada y no jerarquizada».

BIBLIOGRAFÍA

Bakunin, M.: *Escritos de Filosofía política*. Madrid: Alianza, 1978.

Bookchin, M.: *Social Anarchism or lifestyle Anarchism: An unbridgeable chasm*. Edinburgh: AK Press, 1995.

Chomsky, N.: «The relevance or Anarcho-Syndicalism», en *Chomsky on Anarchism*. Edinburgh: AK Press, 1976.

Franks, B.: «Anarchism», en M. Frieden *et al.*, eds.: *The Oxford Handbook of Political Ideologies*. Oxford: Oxford University Press, 2015.

— *Rebel alliances: The means and ends of contemporary British Anarchism*. Edinburgh: AK Press, 2006.

Johnson, Ch.: «Liberty equality solidarity: Toward a dialectical anarchism», en *Anarchism/Minarchism* (R. Long, T. Machan, eds.) Aldershot: Ashgate, 2008.

Kropotkin, P.: *La conquista del pan*. Barcelona: Ediciones 29, 1976.

— *El apoyo mutuo, un factor de la evolución*. Móstoles: Madre Tierra, 1989.

Peirats, J.: *La CNT en la revolución española*. Madrid: Ruedo Ibérico, 1978, vol. 1.

Proudhon, P. J.: *Qué es la propiedad*. Barcelona: Orbis, 1983.

— *El principio federativo*. Madrid: Editora Nacional, 1977.

Rivaya, B.: *Filosofía anarquista del Derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.

Rothbard, M.: *La Ética de la libertad*. Madrid: Unión Editorial, 1995.

WILLIAMS, L.: «Anarchism Revived», en *New Political Science*, 29:3 (2007).
WOLFF, R.: *In Defence of Anarchism*. London: Harper Torchbooks, 1976.

Joaquín ABELLÁN
Catedrático Emérito de Ciencia Política
Universidad Complutense

VER TAMBIÉN: COMUNISMO / DEMOCRACIA / DESOBEDIENCIA CIVIL / FILOSOFÍA POLÍTICA / IDEOLOGÍAS / POLÍTICA / POPULISMOS / REVOLUCIÓN / SOCIALISMO

ARQUITECTURA Y POLÍTICA

La arquitectura no es tanto «música congelada» como «política cristalizada». Si Goethe entendió que comparte con la música un orden interno matemático, su origen y propósito la enredan inextricablemente con la política. La organización de la *polis* exige normas sociales, pero también estructuras materiales que suministran la arquitectura y el urbanismo. La *Política* de Aristóteles comenta en detalle las ideas de Hipodamo de Mileto, que proponía una malla regular como forma ideal de la ciudad, y ese vínculo entre el orden geométrico y el orden social se extiende con las fundaciones de ciudades en el mundo clásico, las conformadas por las Leyes de Indias en la América hispana o los ensanches del siglo XIX. El pensamiento utópico, desde Tomás Moro hasta la *Sinapia* atribuida a Campomanes, materializa sus ideales políticos en la conformación de la ciudad, y otro tanto hacen los arquitectos revolucionarios franceses o los desurbanistas soviéticos. Las nuevas capitales del siglo XX –la Chandigarh de Le Corbusier o la Brasilia de Lucio Costa y Óscar Niemeyer– surgen de necesidades políticas, y a la vez procuran expresar la naturaleza del poder que las crea. El estrecho matrimonio entre ciudad y política se extiende incluso al empeño libertario en alejarse de la urbe como lugar de opresión, al urbanismo disperso como promesa equívoca de autonomía individual, o a las distopías contemporáneas de la literatura y el cine que presentan la desorganización social como caos urbano, y el amenazante futuro totalitario enmarcado en metrópolis exactas y ominosas. No hay política sin *polis*, ni antipolítica sin negación de la ciudad.

Si el orden urbano es esencialmente político, el arquitectónico lo es de una forma más ambigua. Cuando Roma traza calzadas o funda ciudades regulares, proyecta su poder sobre el territorio, y eso mismo ocurre cuando la burguesía vienesa expresa su ascenso frente a la vieja aristocracia construyendo la Ringstrasse o cuando Haussmann manifiesta la voluntad del régimen bonapartista abriendo avenidas en París. La arquitectura es también manifestación de poder económico y político, porque no en vano exige recursos cuantiosos, pero su lenguaje a menudo es difícil de asociar a ideas o formas de gobierno. El Panóptico de Jeremy Bentham se propone como un recurso arquitectónico para hacer los edificios más eficaces y económicos, pero tras Michel Foucault lo vemos como la expresión extrema de una sociedad disciplinaria. Más próximo a nosotros, Albert Speer usa el clasicismo monumental para transmitir los valores de la Alemania nazi, pero ese mismo estilo lo emplean la Unión Soviética de Stalin o los Estados Unidos de Roosevelt, mientras Giuseppe Terragni construye la Casa del Fascio en Como con el mismo depurado lenguaje moderno utilizado por otros arquitectos en la Italia de Mussolini. Algunos maestros contemporáneos persiguieron encargos con los que materializar sus ideas y sus formas sin prestar demasiada atención a la naturaleza política del régimen cuyo apoyo recababan. Así Le Corbusier, que tras intentar sin éxito proyectar las sedes del gobierno mundial, primero con la Sociedad de las Naciones en Ginebra y después con las Naciones Unidas en Nueva York, buscó su Luis XIV en la Rusia revolucionaria y en la Francia de Vichy, para acabar hallándolo en la India del Pandit Nehru, aunque no

sin arrastrar también el estigma de sus relaciones peligrosas con el gobierno del mariscal Pétain, que tantas sombras han arrojado sobre su figura.

Herramienta de propaganda y afirmación política, la arquitectura ha representado eficazmente los valores promovidos por el poder. Si la guerra es la continuación de la política por otros medios, la arquitectura es igualmente la continuación de la política, en su caso por medios materiales y simbólicos. Y como el poder físico sobre los cuerpos se macla con el poder espiritual sobre las mentes, la arquitectura es también la continuación de la religión por otros medios. Los eslavos se convierten al cristianismo tras visitar Santa Sofía los emisarios de Vladimiro el Grande; las grandes catedrales góticas son inseparables de la fe medieval y el poder de la Iglesia, y es imposible visitar Jerusalén sin advertir que cada construcción alberga una creencia. La dualidad en Occidente de esos dos poderes se visualiza en multitud de lugares por la oposición en el espacio público de la iglesia y el palacio, que fue en su día fortaleza, y después sede del poder civil. En todo caso, buena parte de las grandes arquitecturas monumentales del pasado son producto del despotismo, porque no es fácil movilizar los gigantescos recursos financieros y las masas de trabajadores que requieren sin recurrir a la imposición tributaria o personal, y no otra cosa puede decirse de las construcciones que juzgamos patrimonio de la humanidad, desde las pirámides de Egipto hasta los palacios de Versalles. Ya en nuestra época, las divisiones ideológicas no fueron excusa para que florecieran por doquier edificios emblemáticos del poder político o económico, bien a través de la competencia por la altura con rascacielos cada vez más audaces, bien mediante la pugna por la singularidad con obras icónicas de perfil inconfundible, y si las torres Petronas o el Burj Khalifa hablan del poder político que confiere el petróleo a Malasia o al Golfo, la ópera de Sídney o el Centro Pompidou expresan la voluntad de proyectar poder cultural que comparten las democracias liberales.

España ofrece, por cierto, ejemplos innumerables del íntimo vínculo entre arquitectura y política, desde las muchas «torremochas» amputadas para castrar el poder de un rival feudal o los múltiples alminares coronados por campanarios tras la conquista cristiana, y hasta las obras de la «social opulencia» que en el último tramo del siglo XX dejaron testimonio del aplomo de la joven democracia española; incluyendo el Guggenheim de Bilbao, que hicieron posible el talento lírico de un arquitecto, la voluntad expansiva de un museo estadounidense que ya contaba con su propio icono neoyorquino, y el empeño del nacionalismo vasco en ofrecer una imagen internacional alejada de la violencia y el terror. Si la inteligente inserción de una catedral en la Mezquita de Córdoba o la apropiación simbólica del complejo nazarí de la Alhambra con el exquisito palacio de Carlos V son gestos que marcan arquitectónicamente el tránsito del poder político, la formidable construcción de El Escorial es a la vez emblema del poder regio, imagen del espíritu de la Contrarreforma, y afortunada síntesis de traza renacentista italiana y cubiertas góticas flamencas, por cierto las dos fuentes que alimentan la pintura de la escuela española. El régimen de Franco, que manifestó su aprecio por la arquitectura de los Austrias, halló un intérprete locuaz en Ernesto Giménez Caballero, que preconizaba una arquitectura de ladrillo enmarcada por granito y coronada con pizarra: el pueblo llano cerámico, sujeto por el pétreo estamento militar, y bajo las cubiertas apuntadas de la severa casta sacerdotal. Todo un programa arquitectónico, y por tanto un programa de «política cristalizada».

BIBLIOGRAFÍA

Rykwert, J.: *The Idea of a Town*. London: Faber and Faber, 1976.
Tafuri, M.: *Ricerca del Rinascimento,* Torino: Einaudi, 1989.
(Dos interpretaciones de la arquitectura y la ciudad del clasicismo.)

Haussmann, Baron: *Mémoires*. Paris: Seuil, 2000.
Speer, A.: *Inside the Third Reich*. London: Simon & Schuster, 1969.
(Dos memorias antitéticas de transformaciones urbanas en los siglos xix y xx.)

Jacobs, J.: *The Death and Life of Great American Cities*. New York: Random House, 1961.
Frampton, K.: *Modern Architecture: A Critical History*. London: Thames and Hudson, 1980.
(Dos críticas políticas del papel de urbanistas y arquitectos en la modernidad.)

Fernández-Galiano, L., ed.: *Spain Builds*. Madrid: Arquitectura Viva/MoMA, 2006.
(Una visión coral de las arquitecturas del régimen de Franco y de la democracia.)

VV. AA.: *Arquitectura Viva,* 225 (2020).
(Sobre ciudad y urbanismo en relación con la Pandemia).

Luis Fernández-Galiano
Académico de número de la Real Academia de Bellas Artes de San Fernando
Catedrático de Proyectos de la ETSAM

VER TAMBIÉN: ARTE Y POLÍTICA / CINE Y POLÍTICA / GLOBALIZACIÓN / LITERATURA Y POLÍTICA / MÚSICA Y POLÍTICA / POLÍTICA CULTURAL

ARTE Y POLÍTICA

En la época de las vanguardias históricas, las relaciones arte-política fueron especialmente estrechas. Ello es especialmente cierto en el caso de los países donde entre las décadas del diez y del treinta triunfaron revoluciones de signo totalitario. Los casos paradigmáticos son los de la Unión Soviética, Italia y Alemania. Los primeros años de la Revolución soviética fueron de claro compromiso gubernamental con la modernidad, algo especialmente patente en el campo de la pintura y la escultura (recordemos el Monumento a la Tercera Internacional, de Tatlin), de la arquitectura, de la enseñanza del arte, de la tipografía y del cartelismo. Luego acabó triunfando el realismo socialista, y ahí están los cuadros académicos que representan a Lenin, Stalin, a sus mariscales, a los koljozianos… y también alguna obra de importancia, entre las que resulta sorprendentemente admirable la de Alexander Deineka, al que uno alguna vez ha calificado de «el Hopper de Stalin». En Italia muchos creadores se adhirieron con entusiasmo al partido fascista, y entre ellos sobresalieron los futuristas, con Marinetti a la cabeza (también un expatriado, el poeta norteamericano Ezra Pound, colaboraría con el régimen), un arquitecto funcionalista como Giuseppe Terragni, y pintores como Mario Sironi u Ottone Rosai, promovidos, junto con otros menos politizados, por Margherita Sarfatti en sus muestras del Novecento. En Alemania las cosas fueron distintas: desde el primer momento los nazis lucharon ferozmente en contra de la modernidad de la República de Weimar, algo que vinieron a simbolizar las colectivas en que ponían en la picota lo que llamaban «el arte degenerado», expurgado de los museos y vendido en pública subasta.

A lo largo de los siglos XIX y XX, muchos artistas habían hecho un arte político. Son conocidos, en Francia, los casos de Daumier, del *communard* Courbet, o del *nabi* Vallotton, anarquista como otros de los colaboradores gráficos de *L'Assiette au Beurre*. El expresionismo alemán tuvo también una fuerte dimensión política (pensemos en Kathe Kollwitz), y lo mismo cabe decir del dadaísmo berlinés, con comunistas como el muy satírico y a veces casi goyesco George Grosz o el gran fotomontador John Heartfield. En Francia fueron estrechas y tumultuosas las relaciones que el surrealismo mantuvo con el PCF, en el que militarían Léger o Picasso. En todo el mundo, la década del treinta sería la década ideológica por excelencia. En España, una serie de creadores se organizan en torno a revistas comunistas como la madrileña *Octubre*, impulsada por Alberti y María Teresa León, o la valenciana *Nueva Cultura*, del grafista y fotomontador Josep Renau. Durante la Guerra Civil, este último sería director general de Bellas Artes del gobierno republicano, y el impulsor del pabellón español en la Exposición de París de 1937, obra de los arquitectos Sert y Lacasa, para el cual encargó el *Guernica* de Picasso, la *Montserrat gritando* de Julio González, el tótem de Alberto *El pueblo español tiene un camino que conduce a una estrella*, el *Campesino catalán con una hoz* de Miró, y la *Fuente de mercurio de Almadén* del norteamericano Calder. Todo ello acompañado de eficaces fotomontajes del propio Renau. Momento de máxima modernidad del Estado en materia de artes plásticas. Muchos de los protagonistas de esta historia marcharon al exilio. Renau a México; Alberto, a la URSS, lo mismo que Lacasa; Sert, a los Estados Unidos.

En esa Latinoamérica que iba a acoger a tantos de nuestros exiliados, las vanguardias llevaban décadas viviendo la tentación de la política. El caso más conocido fue el del México revolucionario, donde Rivera, Orozco, Siqueiros (con el que colaboraría Renau) y los demás muralistas se convirtieron en artistas prototípicamente políticos, adscritos en su mayoría al Partido Comunista, a la LEAR (Liga de Escritores y Artistas Revolucionarios), o al Taller de Gráfica Popular. Para estudiar las vanguardias latinoamericanas es necesario leer libros sobre la Revolución mexicana, la evolución política de Neruda o de Octavio Paz, el APRA peruano y Mariátegui y la generación *Amauta*, el peronismo, Getúlio Vargas y un Brasil donde los comunistas eran perseguidos pero donde uno de ellos, Oscar Niemeyer, recibía encargos oficiales del Estado Novo, lo mismo que el pintor Portinari, o que un forastero tan ilustre como Le Corbusier…

Durante la Guerra Fría, mientras el bloque soviético movilizaba a sus partidarios vía los Congresos de la Paz (para los que Picasso dibujó, en 1949, su célebre paloma), el bloque liderado por los Estados Unidos se valió del Congreso por la Libertad de la Cultura, creado por la CIA y que contó con la eficaz colaboración del MoMA.

En Francia, De Gaulle mantuvo largos años en la dirección del Musée National d'Art Moderne a un comunista (más tarde, titista) como el en su día resistente Jean Cassou. Esa pinacoteca se incorporó luego al Centre Georges Pompidou, creación del sucesor de De Gaulle. El general, por lo demás, había tenido la vista de confiar su política cultural a André Malraux. Frente a estos consensos, todas las disidencias cristalizaron en Mayo del 68 y en el Atelier Populaire de la Escuela de Bellas Artes. La política (maoísmo, trotskismo, castrismo) impregnaba entonces la producción de los pop, y también de los cinéticos, y algo parecido sucedía en la Alemania de Joseph Beuys.

Volviendo a España, durante la inmediata posguerra el régimen franquista había promovido una cultura académica, *pompier*. Luego aceptó e incluso promovió un arte más acorde con su tiempo. Franco inauguró con Joaquín Ruiz Giménez, en 1951, la Primera Bienal Hispanoamericana, en la que cupieron los artistas modernos, incluidos los de Altamira o los de *Dau al Set*. Pronto, Luis González Robles iba a poner al día los envíos a las bienales internacionales, en los que participaron Chillida, Millares, Oteiza, Saura, Tàpies y otros abstractos, expuestos además, en 1960, en el MoMA, que con anterioridad había traído a España el arte de la Escuela de Nueva York, todo ello en el marco de los acuerdos hispano-norteamericanos.

Circa 1960, críticos comunistas o afines como Valeriano Bozal, Antonio Giménez Pericás o José María Moreno Galván, y artistas también de esa órbita como Millares, Saura, los del Equipo 57, o Pepe Ortega y el resto de los de Estampa Popular, se desmarcaban del régimen. El informalismo, se decía entonces, representaba la protesta inarticulada; el realismo social, la protesta articulada; el constructivismo, la definición del futuro mundo socialista. Consecuentemente con ese esquema, Saura, Ràfols Casamada y otros informalistas participaron en Estampa Popular, lo mismo que Duarte o Ibarrola, que, tras disolverse Equipo 57, se pasaron a las filas del realismo social; Ibarrola pasaría varios años en la cárcel de Burgos, donde coincidió con Giménez Pericás, como lo atestigua un libro conjunto. Los equipos valencianos Crónica y Realidad, nacidos en el seno de Estampa Popular, abandonaron el realismo

social para convertirse, lo mismo que Arroyo o Genovés, en abanderados de un pop español fuertemente político. Posteriormente, también el conceptual fue entre nosotros de signo izquierdista, algo especialmente patente en Cataluña, donde varios de sus representantes fundaron un Grup de Treball ligado, desde su nombre mismo, al PSUC.

Durante los años de la Transición, en nuestro país el debate arte-política cobró nuevo vigor. Años de la llegada del *Guernica* («el último exiliado») a Madrid. Años de vuelta de España a la escena internacional. Años de puesta al día de la infraestructura museística: Reina Sofía, IVAM, CAAM, Guggenheim de Bilbao… Años en que la mayoría de los artistas abandonaron la tentación de la política. Años que desembocarían en los actuales consensos (especialmente importantes en materia museística), contra los cuales se manifestarían los artistas más radicales, y en ese sentido hay que subrayar que se han recrudecido las manifestaciones de un arte comprometido que internacionalmente vuelve a pesar, con nuevas causas de por medio, entre las que destacan el feminismo y el ecologismo. Arte comprometido que paradójicamente tiene su principal refugio… en los museos.

BIBLIOGRAFÍA

Bozal V.: *El realismo entre el desarrollo y el subdesarrollo*. Madrid: Ciencia Nueva, 1966.

Jiménez Blanco, M.ª D.: *Arte y Estado en la España del siglo XX*. Madrid: Alianza, 1989.

Saunders, F. S.: *La CIA y la guerra fría cultural*. Barcelona: Debate, 2001.

Tusell, G.: *El Guernica recobrado: Picasso, el franquismo y la llegada de la obra a España*. Madrid: Cátedra, 2017.

Juan Manuel Bonet
Crítico de arte
Ex Director del Instituto Cervantes, del MNCARS y del IVAM

VER TAMBIÉN: ARTE Y POLÍTICA / CINE Y POLÍTICA / COMUNISMO / FASCISMO / GLOBALIZACIÓN / LITERATURA Y POLÍTICA / MÚSICA Y POLÍTICA / POLÍTICA CULTURAL / TRANSICIÓN DEMOCRÁTICA

ASIA-PACÍFICO

Desde la perspectiva de Occidente, si el Islam ha sido lo «otro» por antonomasia, pero lo otro próximo, conocido, fronterizo (al sur y al oeste) y, casi siempre, enemigo, Asia ha sido siempre lo «otro» lejano e ignorado y, por lo tanto, proclive a los estereotipos y los «orientalismos» (Said). Poco o nada se sabía ni de la India ni de Extremo Oriente, más allá de alguna embajada romana a China en los siglos II y III durante la dinastía Han, lo que decían algunas leyendas vehiculadas por la Ruta de la Seda o a través de viajeros árabes y de algunos, escasos, aventureros europeos. Y así, cuando Marco Polo publica su relato, el *Libro de las Maravillas del Mundo* (c. 1300), primera noticia directa de China, India, Japón y otros países, es recibido con incredulidad e incluso sarcasmo. Ignorancia que hace comprensibles declaraciones como la famosa de Napoleón en su conversación con lord Macartney (primer embajador británico en el Imperio del Centro), cuando señaló que «China era un gigante dormido». Gigante sí, pero dormido jamás lo estuvo. A comienzos del siglo XV, con la dinastía Ming, China tiene nada menos que 150 millones de habitantes mientras Europa no llega a los 100. Y todavía a comienzos del siglo XIX, cuando se inicia en Occidente la Revolución industrial, China y la India son más del 50% del PIB del mundo, con una economía que superaba en varias veces a la del entonces Imperio Británico (A. Madison). Pero la falta de comunicación e información entre los dos extremos del continente euroasiático hacían imposible un mayor conocimiento mutuo entre las dos mayores civilizaciones que ha conocido la humanidad. El sentimiento de superioridad de Occidente, de una parte, y el ensimismamiento de China, de otra, además de la distancia geográfica, reforzaron esa mutua ignorancia.

Hemos de esperar a los que Toynbee llamaba los «pioneros ibéricos» que abrirán las dos rutas marítimas de comunicación entre Europa y Asia para iniciar una verdadera aproximación de Europa con Asia. Los portugueses doblando el cabo de Buena Esperanza para llegar a la India y a China después, por el este. Y los españoles, por el oeste, a través del estrecho de Magallanes y cruzando el Pacífico para alcanzar Filipinas abriendo la ruta del Pacífico. Y no deja de ser curioso que sean los países europeos más alejados de Oriente, más al oeste, quienes acabarían siendo los primeros en establecer contacto regular. Con la dinastía Ming en el siglo XV, China e India se incorporan pues al sistema-mundo, al tiempo que lo hace el océano Pacífico, desconocido para unos y otros hasta la expedición de Magallanes-Elcano, que incorpora ese océano a la historia del mundo.

La máxima expresión de esa «incorporación» del Pacífico al sistema-mundo fueron el Galeón de Manila y el real de a ocho. El primero, más correctamente llamado «la Nao de China», conectaba los puertos chinos de Fujian con Filipinas y, desde allí, a Acapulco, cruzando después México hasta Veracruz, para embarcar de nuevo camino de España. Una ruta que, abierta en 1565 cuando Andrés de Urdaneta descubrió el tornaviaje, iba a durar nada menos que 250 años, hasta 1815. Las «manolas» de Madrid podían así lucir sus mal llamados mantones de «Manila», confeccionados secularmente en China al menos desde el siglo VI a. C. con la dinastía Zhou. Y es un hecho que a lo largo del siglo XVI solo navíos de la Monarquía hispánica cruzaban sistemáticamente el

Pacífico, que se pudo llamar (con evidente exageración) un «lago español».

A su vez, las mercancías allí compradas se pagaban obligatoriamente en plata (única moneda aceptada por el Imperio oriental) con el «real de ocho», también llamado «peso fuerte» o «peso duro», acuñado por la Monarquía católica a partir de 1497 que, gracias a su amplia aceptación en Europa y toda Asia, acabó siendo la primera divisa propiamente mundial y es el origen del dólar americano (inicialmente llamado *Spanish dollar*), donde fue moneda de curso legal hasta 1857. De modo que la plata americana, que revolucionó la economía europea, hizo otro tanto en Extremo Oriente.

Y así, aunque Portugal fue el primero en establecer bases regulares en India y China, España sería el primer país en vincular Asia con el Pacífico. Y recordemos que los fantásticos viajes marítimos del almirante Zheng He a comienzos del siglo XV se orientaron todos hacia el oeste, hacia la India, y luego Arabia y la costa africana, no al este. Pues si Europa desconocía el océano Pacífico, otro tanto le pasaba a Asia.

En todo caso, el concepto de «Asia-Pacífico» no comenzará a tomar forma hasta inicios del siglo XX cuando, tras la guerra Hispano-Norteamericana, Estados Unidos inicia su expansión como gran potencia marítima: al este ocupando el Caribe, y al oeste ocupando Hawái y las Filipinas (1898), dando así comienzo al choque entre los entonces dos grandes poderes regionales del Pacífico: el conflicto del proyecto panasiático japonés con el proyecto transpacífico estadounidense. Un conflicto que solo se cancelaría tras la derrota de Japón en la Segunda Guerra Mundial.

La descolonización del mundo tras esta guerra (la India en 1947), la reconciliación de Estados Unidos y Japón y la reemergencia de este país como gran potencia económica y, sobre todo, el final de la Guerra Fría (que acabará con la preminencia estratégica de Europa), van a revitalizar el concepto de Asia-Pacífico, que se plasmará institucionalmente por vez primera con la creación del Asia Pacific Economic Forum (APEC), foro que agrupa a 21 países de la cuenca del Pacífico para promover el libre comercio. Un organismo intergubernamental creado en Canberra en 1989, que se reúne anualmente desde entonces y en el que se sientan China junto con Taiwán y Hong Kong. La India, así como otros países (como Pakistán, Bangladés o Colombia) han solicitado integrarse también.

Finalmente, la emergencia de China a comienzos ya del siglo XXI, como una gran potencia, va a revitalizar el concepto de «Asia» pero también el de «Asia-Pacífico». Lo primero por razones puramente demográficas: si a los 1.300 millones de habitantes de China sumamos otro tanto de la India, más los del sudeste asiático, encontramos que más de la mitad de la población del mundo (cerca del 60%) es asiática, mientras el viejo Occidente (sumando Europa y las dos Américas) ronda el 20%. Y las potencias demográficas pronto se transforman en potencias económicas, de modo que, medido en PPA, China es ya la mayor economía del mundo por delante de USA (ocurrió ya en el 2014), y la India ha superado a Japón, situándose en tercer lugar. Potencias que pronto transforman su poder económico en poder político (invierten, compran, prestan; o no lo hacen) e, inmediatamente, en poder militar, construyendo aceleradamente armadas oceánicas para asegurarse las rutas de suministro de materias primas y de petróleo, que alimentan economías que crecen a ritmos muy superiores al 5% anual. Economías cuya producción se exporta a todo el mundo con el

resultado de que el comercio de mercancías (contenedores) trans-pacífico es hoy muy superior al trans-atlántico, y de los veinte principales puertos de contenedores del mundo, solo tres están ubicados fuera del espacio Asia-Pacífico.

Esta pujanza de la economía del Pacífico (a la que ha sucumbido África, pero también América Latina con la Alianza del Pacífico) estaba en el origen del después fracasado acuerdo de partenariado económico Trans Pacific Partnership (TPP), lanzado por el presidente Obama pero cancelado por su sucesor, el presidente Trump, que habría generado un amplísimo espacio de libre comercio en el espacio de Asia-Pacífico.

Ante su creciente pujanza, China está intentando profundizar su influencia en Asia oriental (en sentido amplio, incluyendo también el sudeste asiático), para impulsar una integración de esta parte del mundo, pero al margen del Pacífico, donde Estados Unidos es mucho más influyente con alianzas estables con Japón, Corea del Sur, Taiwán y Filipinas (esta última en franca decadencia) además de la India, el contrapeso a la más que posible hegemonía de China en la región.

Estados Unidos, por supuesto, intenta evitar a toda costa que China se erija como líder regional en Asia oriental, pues esta sería una plataforma muy poderosa desde la que asaltar la hegemonía global americana. De hecho, el Mar de China, norte y sur, y la ruta que a través del estrecho de Malaca conduce al Índico, es hoy el teatro donde se va a dirimir la disputa de los dos grandes países llamado a articular el siglo XXI: la potencia (relativamente) declinante de Estados Unidos, volcado al Pacifico y lejos de la vieja Europa, y la potencia (relativamente) emergente de China, que jamás será *hegemón* mundial sin serlo antes regional. Y en el centro de esa tensión geopolítica, que está articulando el mundo de modo creciente, se encuentra la península de Corea, donde las dos potencias mantienen todavía una frontera terrestre, en el paralelo 38 (la mayor frontera socioeconómica del mundo, con un diferencial de renta *per capita* de 1 a más de 40). A su vez, los vecinos de China tienden a buscar contrapesos a la reemergencia del gigante asiático e impulsan procesos de integración regionales en los que no participa directamente, como la ASEAN, la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático. Pero no olvidemos que si China es una amenaza política es también un socio económico indispensable.

Así pues, el concepto Asia-Pacífico está quedando obsoleto, y progresivamente se irá sustituyendo por el de *Indo-Pacífico*, que recoge con mayor precisión tanto el creciente espacio de influencia de China como el mayor protagonismo de India en los asuntos de la región. De hecho, el concepto del Indo-Pacífico fue propuesto por el primer ministro japonés Shinzo Abe ante el Parlamento de India en 2007, y también ha sido recogido por la estrategia de seguridad nacional de la administración Trump, que la define como una zona donde está teniendo lugar una competencia geoestratégica entre visiones libres y visiones represivas del orden internacional tanto económico como político.

BIBLIOGRAFÍA

Chacko, P., ed.: *New regional geopolitics in the Indo-Pacific: Drivers, dynamics and consequences*. Oxford: Routledge, 2016.

Chandra, S.; Goshal, B., eds.: *The Indo-Pacific axis: Peace and prosperity or conflict?* Oxford: Routledge, 2018.
Khanna, P.: *The future is Asian*. New York: Simon & Schuster, 2019.

Emilio Lamo de Espinosa
Académico de Número de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas
Catedrático Emérito de Sociología
Presidente del Real Instituto Elcano

VER TAMBIÉN: ÁFRICA / CHINA / DESCOLONIZACIÓN / ESTADOS UNIDOS / GLOBALIZACIÓN / NACIONES UNIDAS / **PANDEMIA: PERSPECTIVA INTERNACIONAL** / PODER BLANDO / POLÍTICA EXTERIOR DE ESPAÑA / POLÍTICA EXTERIOR Y DE SEGURIDAD DE LA UE / RELACIONES INTERNACIONALES / SOCIEDAD INTERNACIONAL / SUPERPOTENCIAS

AUTORITARISMO

El término «totalitarismo» se ha utilizado con frecuencia para describir regímenes muy diversos de tipo nacionalista, imperialista, fascista o comunista. Sin embargo, algunos regímenes de corte fascista (como la España de Franco o la Italia de Mussolini antes de la Segunda Guerra Mundial), comunista (como la Yugoslavia de Tito, la República Popular China posmaoísta o la Cuba castrista) y populista de partido único (como Taiwán bajo Chiang Jieshi o Indonesia bajo Suharto) mostraban características que les alejaban del referente ideal, de modo que se acuñó el término «autoritarismo» para definir y clasificar a este tipo de sistemas políticos ubicados en teoría a mitad de camino entre la democracia y el totalitarismo. Algunos especialistas han ido más allá de la clasificación tripartita de regímenes totalitarios, autoritarios y democráticos sin rechazarlas enteramente, y han ampliado esta tipología exponiendo un modelo de régimen «postotalitario» que caracterizaría a regímenes como la Unión Soviética tras la muerte de Stalin.

La relación entre totalitarismo y autoritarismo sigue siendo un asunto polémico: algunos científicos sociales ven al totalitarismo como una forma extrema de autoritarismo, mientras que otros sostienen la radical distinción entre ambos modelos de régimen político. Con intención claramente exculpatoria, analistas neoconservadores como Jeane Kirkpatrick han sostenido que, si bien ambos modelos de gobierno pueden comportarse de forma extremadamente brutal contra la disidencia política, en el autoritarismo los esfuerzos represivos se centran en los opositores calificados como políticos, y el gobierno no tiene la voluntad, ni a menudo los medios, de controlar cada aspecto de la vida del individuo. El autoritarismo suprime el libre mercado político sin contestar en el fondo las expresiones variadas de la autonomía social, mientras que el totalitarismo tiene como objetivo anular por completo esta autonomía (Kirkpatrick, 1982). Tanto Franz Neumann como Raymond Aron otorgaron a los autoritarismos una ideología y una dinámica penetradas por la democracia, susceptibles incluso de desembocar en desarrollos democráticos positivos que resultaban impensables en el totalitarismo (Neumann, 1957; Aron, 1965).

El fenómeno autoritario es definido por Guy Hermet como una realidad política contemporánea donde los poderes del Estado están concentrados en las manos de individuos o grupos que se preocupan sobre todo de sustraer su suerte política de las incertidumbres del juego concurrencial que no controlan por entero, por lo que el término sería más adecuado que los conceptos más ambiguos de dictadura o de tiranía. Los partidarios de las teorías de la modernización sitúan al autoritarismo como un fenómeno propio de sociedades no desarrolladas o en curso de modernización, mientras que democracia y totalitarismo son el fruto de sociedades plenamente industrializadas. Hermet acuñó el término «situación autoritaria modernizadora-conservadora» para el régimen que impulsa el desarrollo económico desde el poder con el objeto de consolidar el predominio burgués, favoreciendo el establecimiento de una sociedad consensual bajo valores y jerarquías tradicionales que facilitan el equilibrio social (Hermet, 1975). En los sistemas autoritarios el conflicto de intereses forma parte constitutiva del siste-

ma, y no es meramente latente o espasmódico, como en el modelo totalitario.

Juan J. Linz señaló que el fracaso de la democracia no conduce necesariamente al totalitarismo, sino que existen situaciones intermedias: regímenes que son producto de la quiebra de la democracia o se conciben como fases intermedias de preparación a la misma. Este autor enumeró los rasgos característicos del autoritarismo: 1) el pluralismo sociopolítico se vería coartado por las normas jurídicas, aunque las autoridades pueden verse obligadas a tolerar una muy limitada movilización de los ciudadanos y la autonomía de determinadas entidades civiles, como algunas de carácter religioso o educativo; 2) carecería de una ideología elaborada, pero habría forjado una cierta mentalidad prevalente, entendida como modo de pensamiento y sentimiento más emocional que racional; 3) descartaría la necesidad de una movilización política intensa, y favorecería la apatía, la desmovilización y el conformismo pasivo de la población; 4) el partido único no sería una organización ideológica bien estructurada que monopoliza todo el acceso al poder, sino que vería frenado su predominio en el Estado por otras instituciones como la Iglesia o el Ejército, y 5) el dictador gozaría de extensas facultades decisorias, que ejerce sin rendir cuentas ante ninguna instancia fiscalizadora, pero no sería absoluto o arbitrario, sino que «ejerce su poder dentro de límites formalmente mal definidos, pero en realidad bastante predecibles» (Linz, 1974: 1.474).

Para Linz, «los regímenes autoritarios son sistemas de pluralismo limitado, pero no responsables, sin ideología directriz elaborada […] ni voluntad de movilización intensiva o extensiva, salvo en algunos momentos de su desarrollo» (Linz, 1964: 297). Se fundamentan en una lógica de la exclusión selectiva, dirigida contra los oponentes más radicalizados, que suelen ser la clase obrera organizada o grupos étnicos disidentes. Pero el pluralismo limitado genera tensiones en el entramado de poder, como fue el caso de los tecnócratas, militares, monárquicos, católicos o falangistas durante las distintas etapas del franquismo.

La pretensión de control total de la sociedad civil, o incluso el propósito de transformar radicalmente la sociedad existente y producir un «hombre nuevo» desde los puntos de vista político, social y antropológico, son rasgos que distinguen a los sistemas totalitarios y a los autoritarios. Los dirigentes al mando en los regímenes del segundo tipo prefieren acomodarse a la sociedad existente, llevarla hacia el pasado para inmovilizarla (casos del autoritarismo reaccionario del Portugal salazarista, la Francia de Vichy, la España de Franco hasta 1955 o el régimen de Pinochet en Chile hasta 1985) o reformarla puntualmente para dinamizarla, como pretendieron regímenes autoritarios basados en la modernización económica y social como el de Franco en los años 1960-70, Kubitschek en Brasil de 1956-60, el pinochetismo neoliberal de la segunda mitad de los ochenta, el kemalismo turco, el régimen de los Pahlevi en Irán, el Guomindang de 1950-70 o los populismos latinoamericanos de Perón y Vargas, de Sukharno en Indonesia, Nasser en Egipto y el baasismo iraquí y sirio.

El gran problema es que esta clasificación dicotómica puede llevar a una reificación de las categorías de «autoritarismo» y «totalitarismo», describiendo regímenes perfectamente monolíticos y estabilizados desde el principio, y no dejando espacio al estudio de una posible evolución radicalizadora a partir de un inicial componente autoritario. Tampoco sería capaz de explicar el proceso inverso de «destotalización», que resulta per-

fectamente constatable en algunas dictaduras de derecha (franquismo, pétainismo, régimen de Antonescu en Rumanía o de Horthy en Hungría) que tuvieron que lidiar en sus primeros pasos con auténticos proyectos de naturaleza totalitaria, pero que hubieron de enfrentarse a la resistencia de las estructuras conservadoras del autoritarismo. En los regímenes comunistas postestalinistas también se asistió a una descomposición en sentido autoritario, al debilitarse el sistema represivo, establecerse relaciones sociales despenalizadas, mantenerse una ideología voluntarista basada en una utopía incapaz de movilizar a las masas y consolidarse una burocracia donde se afirmó el papel creciente de los militares e incluso de las iglesias, como fue el caso de Polonia. En ese sentido, el politólogo Richard Löwenthal sostuvo que, tras la muerte de Stalin, la Unión Soviética entró en una etapa de «oligarquía burocrática autoritaria» o «autoritarismo postotalitario» (Löwenthal, 1960: 504-512).

La distinción entre el autoritarismo y totalitarismo calentó mucho la discusión política en los años setenta y ochenta del pasado siglo, pero a la postre no parece haber arrojado mucha luz sobre la naturaleza de las dictaduras modernas. Los críticos del concepto de totalitarismo sostienen que no hay una diferencia neta entre este y los regímenes autoritarios, y que tal distinción ha sido creada de forma artificial por quienes desean que ciertas dictaduras parezcan mejores que otras, o pretenden justificar su alianza con (o la ayuda de) ciertos dictadores respecto de otros. Sin embargo, la actual proliferación de movimientos y regímenes políticos calificados de populistas-autoritarios ha vuelto a poner de actualidad el concepto (Norris e Inglehart, 2019).

BIBLIOGRAFÍA

Albertus, M.; Menaldo, V.: *Authoritarianism and the Elite Origins of Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.

Aron, R.: *Démocratie et totalitarisme*. Paris: Gallimard, 1965.

Hermet, G.: «Dictature bourgeoise et modernisation conservatrice: problèmes méthodologiques de l'analyse des situations autoritaires», en *Revue Française de Science Politique*, 30:6 (1975).

— (1985): «L'autoritarisme», en M. Grawitz y J. Leca (eds.), *Traité de science politique, vol. 2. Les Régimes contemporains*. Paris: PUF, 1985.

Kirkpatrick, J.: *Dictatorship and Double Standards: Rationalism and Reason in Politics*. New York: Simon & Schuster, 1982.

Linz, J. J.: «An Authoritarian Regime: Spain», en E. Allardt e Y. Littunen (eds.), *Cleavages, Ideologies and Part Systems*. Helsinki: The Academic Bookstore, 1964. (versión castellana: «Una teoría del régimen autoritario. El caso de España», en M. Fraga, *et al.*, eds., *La España de los años 70, vol. III 3: El Estado y la política*. Madrid: Moneda y Crédito, 1974.

— «Totalitarian and Authoritarian Regimes», en F. I. Greenstein y N. W. Polsby (eds.), *Handbook of Political Science, vol. 3: Macropolitical Theory*. Reading: Addison Wesley, 1975.

Löwenthal, R.: «Totalitarianism reconsidered», en *Commentary*, 55 (1960).

Neumann, F.: *The Democratic and the Authoritarian State*. Glencoe: The Free Press, 1957.

NORRIS, P.; INGLEHART, R.: *Cultural Backlash: Trump, Brexit, and the Rise of Authoritarian-populism*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019.

O'DONNELL, G. A.: *Contrapuntos: ensayos escogidos sobre autoritarismo y democratización*. Buenos Aires: Paidós, 1997.

PERLMUTTER, A. (1981): *Modern Authoritarianism: A Comparative Institutional Analysis*. New Haven, Yale University Press, 1981.

Eduardo GONZÁLEZ CALLEJA
Catedrático de Historia Contemporánea
Universidad Carlos III

VER TAMBIÉN: ÁFRICA/ ASIA-PACÍFICO / CHINA / COMUNISMO / DICTADURA/ FASCISMO/ GOLPE DE ESTADO / IBEROAMÉRICA / IDEOLOGÍAS / TOTALITARISMO/ SISTEMA SOVIÉTICO

BIG DATA

La expresión *big data* trae causa del libro de Schönberger y Cukier (2013). El Parlamento de la UE en su importante Resolución de 14 de marzo de 2017, afirma que: «el concepto de macrodato se refiere a la recopilación, análisis y acumulación constante de grandes cantidades de datos, incluidos datos personales, procedentes de diferentes fuentes y objeto de un tratamiento automatizado mediante algoritmos informáticos y avanzadas técnicas de tratamiento de datos, utilizando tanto datos almacenados como datos transmitidos en flujo continuo, con el fin de generar correlaciones, tendencias y patrones (analítica de macrodatos). (letra A)». Se habla de las «V» de los datos (Gartner, 2012): volumen, variedad, velocidad y valor, a las que se añaden, entre otras, la veracidad.

En cuanto a la procedencia de la ingente cantidad de datos, puede ser muy variada: datos generados por interactuaciones entre personas, máquinas, industrias, bancos, estaciones meteorológicas, etc., por lo general vinculadas a medidores y sensores de todo tipo, GPS, RFID, wifi o *bluetooth*. Cabe recordar que en 2019 hay 4.400 millones de usuarios de internet en el mundo, 3.300 de smartphones con acceso a más de 3 millones de aplicaciones, 2.300 millones de usuarios activos de *Facebook*, 1.500 de *WhatsApp*, 1.500 de *Gmail*, 1.900 de *YouTube* (más de 1.500 registrados), 1.000 millones en *Instagram*, 350 en *Twitter*, 1,800 millones de websites… Y la cantidad de datos se dispara en las comunicaciones del internet de las cosas o internet del todo (IoT). Y con la tecnología 5G, el *big data* se va a multiplicar exponencialmente. De la unidad de información del byte vamos superando geométricamente las unidades de media X 1000: kilo, mega, giga, tera, peta, exa, zetta y yottabytes. En toda la historia la humanidad habíamos generado 5 exabytes de información hasta 2003, 281 exabytes en 2007, 1.800 exabytes en 2011. Para 2025 se calculan unos 175 zettabytes (175 mil exabytes).

Además de estas cantidades ingentes de datos, el concepto de *big data* incluye también los sistemas de procesamiento automatizado e inteligencia artificial, antes también impensables y que hacen de los macrodatos su *alimento*. Ello permite generar valor añadido y patrones dinámicos de tendencias de futuro: la predictibilidad y el apoyo en la toma de decisiones públicas y privadas. Se puede conocer mejor al cliente, al ciudadano, al mercado, personalizar los productos y servicios públicos y privados, mejorar el márquetin y la publicidad, tener una mejor visión estratégica y de negocio, crear nuevos servicios y productos. Todo ello puede repercutir muy positivamente en salud, sostenibilidad, seguridad, movilidad, trabajo, aplicación de la ley y un largo etcétera hacia la completa transformación digital, o la llamada *cuarta revolución industrial*.

En buena medida, el régimen jurídico del *big data* gira alrededor de la protección de datos, eso sí, la premisa es que los macrodatos sean datos personales, esto es, vinculables a personas físicas identificadas o identificables. Sin embargo, los datos brutos muchas veces no son personales o habrán sido anonimizados, siempre que no haya posibilidad de reversibilidad (ver Dictamen 5/2014 Grupo de Trabajo del artículo 29). Aunque proceda aplicar el régimen de datos personales, no son pocas las dificultades. Respecto

del consentimiento que legitima el tratamiento de datos, el mismo se hace inservible e inoperante con la mayor complejidad del contexto tecnológico. Además, no es posible consentir con finalidades futuras que ni se prevén al momento de recoger datos, ni puede informarse al interesado sobre las mismas. Dada la importancia que pueden tener los tratamientos del *big data* en sectores específicos (sanidad, educación, administración, justicia, etc.) o en razón de colectivos particulares, será necesario que sea la ley la que legitime estos tratamientos, pero con las garantías adecuadas. Y como se expone en la voz «protección de datos», frente al consentimiento y otras garantías subjetivas respecto de quienes usen *big data* debe reforzarse su responsabilidad proactiva y demostrada, la privacidad en el diseño y por defecto. Y los estudios de impacto siempre serán exigibles. En todo caso, con los sistemas repartidos y el troceamiento de la información propios del *big data* no es posible conocer la ubicación de los datos y tratamiento efectivo de los datos, con lo que es bien difícil predicar un control de los mismos por el usuario. Igualmente hay que advertir que puede que se intente eludir las especiales prohibiciones o limitaciones de utilizar datos especialmente protegidos utilizando *proxies* o datos afines. Es decir, se pueden inferir la orientación sexual, salud o ideología a partir de datos personales que no son sensibles, como la navegación, consumo televisivo, de contenidos o de compras. En estos casos habrán de proyectarse las garantías de los datos especialmente protegidos.

Más allá del régimen de protección de datos cuando sea aplicable, el *big data* sin duda es un activo de las empresas, organizaciones e instituciones que los tienen o usan. No obstante, es difícil sostener que haya propiedad o propiedad intelectual sobre los mismos. Al tiempo, es un reto configurar jurídicamente cómo las personas que son la fuente de los datos pueden beneficiarse económicamente de sus datos, y no solo las empresas y plataformas. También hay que canalizar jurídicamente los muchos intereses públicos en juego, así como otros bienes como la libre competencia. Cuando no se trata de datos personales hay que tener en cuenta el reciente Reglamento (UE) 2018/1807, de libre circulación de datos no personales. Cuando se trata de la información y datos del sector público es aplicable la Directiva (UE) 2019/1024, relativa a los datos abiertos y la reutilización, que actualiza la anterior Directiva de 2003. Esta norma esencialmente impone fuertes obligaciones al sector público de poner a disposición de la sociedad para reutilizar y generar valor añadido los datos e información, dinámicamente y en formatos legibles por máquinas.

El *big data* genera no pocos riesgos e impactos. Así, se afirma el peligro de la «algocracia» o la tiranía de los algoritmos (Danaher), la «dictadura de los datos» y también la «paralización de la privacidad» (Schönberger y Cukier), del «dataísmo» (Harari). Para Han, la red se ha convertido en un «enjambre digital» amorfo, un panóptico digital, una «sociedad psicopolítica de la transparencia»: el sujeto neoliberal se explota a sí mismo con una transparencia inusitada de sus datos y además lo hace de forma voluntaria.

O'Neil ha llegado a hablar de *Weapons of math destruction*. Y es que los datos masivos llevan a errores y discriminaciones masivas de los excluidos para un crédito, un trabajo, acceso a estudios, salud, subvenciones, contratos públicos, o de quienes pasan a ser investigados, registrados, detenidos, condenados o expulsados en frontera, etc. Ello además genera espira-

les de sesgo, error y discriminación de las que es muy difícil salir. No en vano, los resultados de los que se nutren los sistemas serán cada vez más sesgados, erróneos o discriminatorios. Ello por lo general se produce sin intención alguna, sino por malas elecciones de datos, datos sesgados, mal recopilados, de mala calidad. También puede haber un erróneo diseño y elección de algoritmos.

El Parlamento de la UE «insta» a «minimizar la discriminación y el sesgo algorítmicos» (n.º 20) y afirma también la necesaria «mitigación algorítmica» (n.º 21, ver también 32). Subraya especialmente que se incluyan mecanismos de transparencia y rendición de cuentas y la posibilidad de corrección de datos y de recurrir decisiones algorítmicas. Y también los propios algoritmos se pueden programar para ignorar o minimizar la importancia de los factores prohibidos en sus decisiones.

La explicabilidad y transparencia de los algoritmos y el *big data* pasa a ser una garantía esencial. La misma se construye jurídicamente a partir de diversos derechos fundamentales: el derecho de protección de datos incluye fuertes obligaciones de la transparencia y el acceso a los propios datos. También hay que tener en cuenta la explicabilidad y derecho a la impugnación en razón del derecho a no ser sometido a decisiones automatizadas. Ya en concreto respecto del uso de *big data* por el sector público, concurren especiales garantías administrativas, procesales y penales, así como el derecho de acceso a la información pública que son los datos y los algoritmos que se emplean. Frente a la explicabilidad, la transparencia y el acceso pueden concurrir el secreto industrial o comercial o la seguridad pública. La UE está haciendo fuertes esfuerzos en su estrategia de inteligencia artificial «Made in Europe» basada en la ética, los derechos y el cumplimiento normativo en el diseño.

* * *

El big data y la IA han fracasado en la prevención del coronavirus, pero pueden ser muy útiles en la lucha frente al mismo. No obstante, pueden servir para superar una respuesta solo medieval del confinamiento así como otras restricciones de derechos que provoca la pandemia. Puede ser extremadamente útil para integrar, estructurar y extraer información y conocimiento de ingente cantidad y variedad de big data para la investigación biomédica. También es útil para mejorar la atención e información ciudadana y de salud, la telemedicina y la mejor asignación de los recursos humanos y materiales. Estos tratamientos de datos se facilitan con la reciente regulación europea de protección de datos y la Ley Orgánica 3/2018 de protección de datos facilita mucho el uso de datos y big data para la investigación y también hay que apoyarse en las excepciones al régimen de datos de la legislación española de salud respecto de pandemias. Sin embargo, hay que estar muy pendientes del cumplimiento normativo de medidas de seguridad y control de no comunicación de datos a terceros y uso para otras finalidades. De China no solo ha venido el Covid, sino el riesgo de la vigilancia digital masiva. Es especialmente amenazante para la privacidad el desarrollo de apps, pasaportes biológicos electrónicos, sistemas de geolocalización, trazabilidad y monitoreo de personas frente a la Covid, en particular si se sigue el modelo asiático de control social con big data y con inteligencia artificial. Afortunadamente no parece que ese sea el modelo europeo PEPP-PT. En principio tiene garantías de ser controlable, transparente, no concentrar datos por ninguna entidad central y usar datos seudoni-

mizados o anonimizados. Desde el punto de vista jurídico, para el caso de apps y rastreos, es necesaria una mejor base legal específica y con garantías concretas. Asimismo, es difícil admitir que el consentimiento en la instalación de estas apps sea suficiente base de legitimación.

BIBLIOGRAFÍA

Agencia Española de Protección de Datos – ISMS Forum (eds.): *Código de buenas prácticas en protección de datos para proyectos de Big Data*, mayo, AEPD e ISMS Forum, Madrid. Acceso en https://www.aepd.es/media/guias/guia-codigo-de-buenas-practicas-proyectos-de-big-data.pdf 2017.

Dilemata: *Monográfico: Ética de datos, sociedad y ciudadanía*, n.º 24. Acceso en https://www.dilemata.net/revista/index.php/dilemata/issue/view/25 2017.

FRA, Agencia de Derechos Fundamentales UE: *#BigData: Discrimination in data-supported decision making*, European Union Agency for Fundamental Rights, Viena. Acceso en: https://fra.europa.eu/en/publication/2018/big-data-discrimination 2018.

G29-UE: *Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679*, 3 de octubre de 2017, versión final 6 de febrero de 2018, Doc WP251rev.01

Grupo independiente de expertos de alto nivel sobre Inteligencia artificial: *Directrices éticas para una inteligencia artificial fiable*, Comisión Europea, Acceso en https://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=60423 2019.

Parlamento de la Unión Europea: Resolución de 14 de marzo de 2017, sobre las implicaciones de los macrodatos en los derechos fundamentales: privacidad, protección de datos, no discriminación, seguridad y aplicación de la ley (2016/2225(INI)). Acceso en: http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2017-0076+0+DOC+XML+V0//ES

Lorenzo Cotino Hueso
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Valencia
Coordinador de www.derechotics.com

VER TAMBIÉN: ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA / AGENDA DIGITAL / CIBERPOLÍTICA / CIBERTERRORISMO / INFORMÁTICA JURÍDICA / OLVIDO (DERECHO AL) / PROTECCIÓN DE DATOS / TECNOCRACIA / VOTO ELECTRÓNICO

BUEN GOBIERNO

Tratándose de un concepto ya usado en la Grecia clásica, el término «buen gobierno» (u otros asimilables, como «gobierno de calidad» o «buena gobernanza») ha suscitado en los últimos años un creciente interés, normalmente asociado a la regeneración democrática, la ética pública, la transparencia, la evaluación y la rendición de cuentas, y los derechos de acceso a la información y la participación ciudadana en la actividad pública. Académicos y expertos han estudiado desde distintas perspectivas las causas del buen gobierno y cuáles puedan ser sus efectos sobre el desarrollo social, el crecimiento económico, la estabilidad política o –de manera más genérica– la «crisis de la democracia». Esa creciente relevancia se ha plasmado en la literatura académica, en la actividad de expertos de instituciones y organizaciones internacionales, así como en la agenda legislativa de un buen número de países, y de la mano –en muchas ocasiones– de variadas propuestas de operacionalización del concepto y de metodologías e índices para medirlo, habiendo llegado a constituir en nuestros días una «industria emergente» (Malik, 2002; Cejudo *et al.*, 2009). No obstante, ese incremento del interés por el buen gobierno no se ha traducido en el aumento de la precisión y consistencia conceptual respecto del objeto: todavía existe un considerable desacuerdo acerca de qué debe entenderse por buen gobierno, calidad de gobierno o buena gobernanza, así como acerca de cuál es su ámbito sustantivo, sus componentes y principales atributos (Rothstein y Teorell, 2008; Cejudo *et al.*, 2009; Cejudo y Zabaleta, 2009).

El sistemático esfuerzo de clarificación conceptual realizado por Cejudo *et al.* (2009) agrupa en tres enfoques las distintas perspectivas adoptadas en las tres últimas décadas para tratar el concepto, su objeto y su medición. El primero, de carácter prescriptivo, lo concibe de forma amplia, como el conjunto de «tradiciones e instituciones a través de las cuales la autoridad es ejercida en un país [incluyendo] los procesos por los que el gobierno es elegido, controlado y reemplazado; el poder del gobierno para formular e implementar efectivamente políticas públicas; y el respeto por parte de los ciudadanos y el Estado por las instituciones que rigen las interacciones económicas y sociales entre ellos» (Kaufmann *et al.*, 2009). Esta propuesta, formulada desde el *Development Research Group* del Banco Mundial, entiende que la *gobernanza* abarca seis dimensiones: participación y rendición de cuentas, estabilidad política y ausencia de violencia/terrorismo, efectividad gubernamental, calidad regulatoria, Estado de Derecho y control de la corrupción (que operacionalizan en su propuesta de *Worldwide Governance Indicators*). A este enfoque se le ha criticado que utiliza una concepción excesivamente amplia de gobernanza y de buena gobernanza (que dificulta el análisis y el establecimiento de relaciones causales) y que deja sin resolver la cuestión de si es el buen gobierno el que da lugar a niveles de desarrollo social y político satisfactorios o la relación es inversa (problema de *causalidad revertida*).

Un segundo enfoque (véase, por ejemplo, Knack, Kugler y Manning, 2003), basado también en un sofisticado sistema de indicadores –acaso más objetivos–, vincula la calidad de gobierno con determinados efectos o resultados, deseables

o esperados, sobre la estabilidad y el desarrollo económico y social, focalizando su análisis en el «grado de eficacia gubernamental» y la «provisión de bienes y servicios públicos», y centrándose en cuatro tipos de mecanismos institucionales que permitirían controlar y limitar la posible *discrecionalidad* de los gobernantes: *mecanismos horizontales formales*, *horizontales informales*, *intergubernamentales verticales* y *verticales del electorado*. Estos dos enfoques integran en el concepto y análisis de buen gobierno tanto los mecanismos de *acceso* al poder público como los del *ejercicio* del mismo, que para otros autores no son instrumentos necesariamente parejos en la generación de eficacia gubernamental o de bienes y servicios públicos.

El tercer enfoque (Rothstein y Teorell, 2008, y Cejudo y Zabaleta, 2009), de carácter normativista, sí diferencia entre esos dos ámbitos sustantivos, considerando que el del acceso (*quién y por qué detenta el poder*) es más propio del análisis de la *calidad de la democracia*, debiendo quedar excluido del de la calidad de gobierno. El buen gobierno –o la calidad de gobierno– debe analizar el ejercicio (*cómo se ejerce)* el poder público, y debe hacerlo centrándose en los atributos de ese ejercicio más que en sus resultados: la *arquitectura institucional* («contrapesos constitucionales y restricciones a la autoridad del ejecutivo sobre la burocracia») y las *prácticas de gestión* («la gestión financiera, de personal, de la información, y estratégica») a partir del *principio de imparcialidad* (Rothstein y Teorell, 2008) o del de *control de la discrecionalidad* (Cejudo y Zabaleta, 2009). Estos dos últimos autores proponen definir la calidad de gobierno (el buen gobierno) como «la interacción del conjunto de atributos (tanto de arquitectura institucional como de prácticas de gestión) dirigidos a controlar la discrecionalidad en el ejercicio del poder». De esta definición quedan excluidos, por tanto, los mecanismos y procedimientos para la conformación de los gobiernos, el contenido sustantivo de las específicas políticas públicas, así como las consecuencias y resultados que la acción gubernamental pueda generar, aspectos todo ellos indudablemente relacionados con el buen gobierno o la calidad de gobierno, pero conceptual y analíticamente diferenciables, para estos autores.

En todo caso, aunque analíticamente parezca más recomendable diferenciar los ámbitos del *acceso* y del *ejercicio* del poder público (facilitando así el establecimiento de relaciones causales entre sus mecanismos), cabe plantearse –al menos, conceptualmente– si debemos pensar que un gobierno no democráticamente elegido, pero cuyo ejercicio del poder esté sometido a control de la discrecionalidad, puede ser un exponente de buen gobierno (o gobierno de calidad). Es decir, ¿puede concebirse la calidad de gobierno (o el buen gobierno) en un sistema de baja calidad democrática? A buen seguro, dado el interés y relevancia que está adquiriendo el buen gobierno –ya sea este concebido con carácter *propositivo* o *coercitivo*, y centrado en la actividad *de los individuos* o en la de *las instituciones* (Lowi, 1972)–, la literatura resultante del trabajo de académicos y analistas propiciará en los próximos años una sinergia conceptual que permitirá vincular más satisfactoriamente el análisis de la calidad de gobierno (o buen gobierno) y la calidad de la democracia. La sofisticación de los indicadores agregados que los distintos enfoques utilizan, así como el debate conceptual que ya se está generando, propiciarán avances sustanciales en este ámbito cada vez más relevantes para los sistemas políticos. Buena muestra de la relevancia y notoriedad que esta cuestión suscita más allá del

ámbito académico es la inclusión del buen gobierno (de la calidad de gobierno y de la buena gobernanza) en la legislación de un alto número de países (en España, Ley 19/2013, y también en la normativa aprobada en bastantes Comunidades Autónomas [Castel, 2018]). Aunque todavía hayan de perfilarse los mecanismos conceptuales, de análisis y de control, se trata de un relevante aspecto en el que nuestros sistemas políticos evolucionarán positivamente en las próximas décadas, para profundizar en su configuración democrática.

BIBLIOGRAFÍA

Castel, S.: «Buen gobierno y buena administración», en J. M. Canales y Á. Valencia (eds.) *Estrategias para la calidad y la regeneración de la democracia*. Granada: Comares, 2018.

Cejudo, G. M.; Zabaleta, D.: «La calidad del gobierno: una definición basada en atributos de ejercicio del poder». *Documentos de trabajo del CIDE*, 232 (2009).

Cejudo, G. M.; Sánchez, G.; Zabaleta, D.: «El (casi inexistente) debate conceptual sobre la calidad del gobierno», en *Política y Gobierno*, XVI:1 (2009).

Kaufmann, D.; Kraay, A.; Mastruzzi, M.: «Governance Matters VIII. Aggregate and Individual Governance Indicators 1996-2008». *World Bank Development Research Group*, Policy Research Working Paper 4978 (2009). www.govindicators.org.

Knack, S.; Kugler, M.; Manning, N.: «Second-Generation Governance Indicators», en *International Review of Administrative Sciences*, 69:3 (2003).

Lowi, T.: «Four Systems of Policy, Polity and Choice», en *Public Administration Review*, 32 (1972).

Malik, A.: «State of the Art in Governance Indicators». *UNDP Human Development Report Office Occasional Paper* 2002/7.

Rothstein, B.; Teorell, J.: «What is Quality Government? A Theory of Impartial Government Institutions», en *Governance*, 21:2 (2008).

Pablo Oñate
Catedrático de Ciencia Política y de la Administración
Universidad de Valencia

VER TAMBIÉN: AGENDA DIGITAL / BUENA ADMINISTRACIÓN / CALIDAD DEMOCRÁTICA / CIENCIA POLÍTICA / CIENCIA DE LA ADMINISTRACIÓN / CULTURA POLÍTICA / GOBERNANZA / GOBIERNO ABIERTO / POLÍTICAS PÚBLICAS / RENDICIÓN DE CUENTAS

BREXIT

El vocablo «Brexit» es el acrónimo de «Britain» o «British» «Exit», y se refiere al proceso de salida del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (RU) como miembro de la Unión Europea, retirada que debe concluir en una relación diferente del Reino Unido como tercer Estado con la UE y sus Estados miembros.

El 23 de junio de 2016 se celebró un referendo en el RU, con la pregunta «*Should the United Kingdom remain a member of the European Union, ¿or leave the European Union?*». La opción de abandonar la UE triunfó por el 51,9 % contra el 48,1 % de los votos por la permanencia.

La decisión del pueblo británico llevó a la activación por vez primera del art. 50 del Tratado de la UE, en vigor desde 2009. Esta se produjo con el acto de Estado de RU de notificar su intención en marzo de 2017, lo que determinó dos años para negociar la salida y relación futura de RU con la UE.

En un contexto de falta de precedentes y de incógnitas encerradas en la redacción del art. 50 TUE, el procedimiento finalmente elegido ha sido el de negociar y adoptar dos Tratados sucesivos: un primer Tratado de salida entre la UE y el RU, y luego un segundo Tratado de relación futura entre el RU y la UE y los Estados miembros.

Por lo que hace al primer Tratado, el de retirada, el Consejo estableció las orientaciones de negociación en abril de 2017, seguidas de la decisión de apertura de negociaciones en mayo de 2017 y de nuevas orientaciones en marzo de 2018. La UE consiguió que RU aceptara una negociación diferenciada para el acuerdo de relación futura, adoptando en diciembre de 2017 las orientaciones para la segunda fase de negociación. Los principales aspectos problemáticos se localizaron en los controles fronterizos entre Irlanda e Irlanda del Norte, actualmente inexistentes; a la situación de los ciudadanos UE en RU y británicos en los Estados UE, y en relaciones comerciales con o sin unión aduanera con la UE. Estas negociaciones desembocaron en un Acuerdo refrendado por el Consejo Europeo en noviembre de 2018 (185 artículos, 3 protocolos relativos a Irlanda, Chipre y Gibraltar, y 9 anexos), conjuntamente con una Declaración política sobre el marco de relaciones futuras.

Sin embargo, las complicaciones políticas internas llevaron a que este Tratado fuera reiteradamente rechazado por el Parlamento británico. Fueron necesarias incluso en 2019 tres decisiones UE de extensión del periodo de dos años de negociación. Durante todo este tiempo planeó la posibilidad, en caso de no llegar a un acuerdo, de que se produjera a los dos años una salida abrupta de la UE y sin claro marco regulador, el llamado «Brexit duro», con consecuencias negativas de todo orden en las relaciones jurídicas, institucionales y económicas.

Un cambio en la jefatura de Gobierno, que pasó de T. May a B. Johnson, llevó renegociar algunas modificaciones en la cuestión de la frontera irlandesa (protocolo sobre Irlanda y adaptaciones de los arts. 184 y 185 del Tratado), con un revisado acuerdo de retirada de octubre de 2019, que puede considerarse el Tratado adoptado (Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de la UE y de la CEEA, y Declaración política en la que se expone

el marco de las relaciones futuras, *DO* C 384 I de 12.11.2019). Finalmente, la victoria de Johnson en las elecciones de diciembre de 2019 determinó la aprobación por el Parlamento británico de este Tratado, firmado en Londres y Bruselas el 24 de enero de 2020. En enero se cumplieron rápidamente las previsiones de conclusión, ratificación y notificación, con la aprobación por el Parlamento Europeo y el Consejo de la UE de la Decisión de celebración del Tratado (*DO* L 29 de 31.01.2020, y Declaración política sobre el marco de relaciones futuras en *DO* C 34 de 31.1.2020). El Tratado de retirada entró en vigor –implicando la salida efectiva de RU– el 1 de febrero de 2020, dejando así a la UE con 27 Estados desde esa fecha.

El Tratado de retirada ha previsto un periodo transitorio hasta el 31 de diciembre de 2020, durante el cual la aplicación del Derecho de la UE permanece invariable, lo que implica la normal aplicación del mercado interior, aunque sin participar RU en las instituciones europeas. Este periodo transitorio se ha centrado en garantizar los derechos de los ciudadanos y sus familias (más de 3 millones de europeos en RU y de 1,2 millones de británicos en los Estados UE), en el ajuste de las cuestiones financieras pendientes, y en la delicada cuestión de la frontera Irlanda/Irlanda del Norte. En este sentido, la salida de RU en principio comportaría el restablecimiento de controles aduaneros y de personas, que habían sido suprimidos con los acuerdos de Viernes Santo de 1998 que pusieron fin al conflicto norirlandés. Para mantener la situación actual, en este periodo transitorio se garantiza que no haya frontera física con Irlanda (gracias a un régimen aduanero especial), y negociar un nuevo modelo antes del final de 2020 (en el Acuerdo de 2018 se había previsto incluso la cláusula de salvaguarda «Backstop», para garantizar los no controles en un mercado interior incluyente a Irlanda e Irlanda del Norte, en caso de no acuerdo al final del periodo transitorio, lo que fue suprimido en el Acuerdo de 2019).

Por lo que hace al segundo Tratado, el principio de retirada ordenada implica también que durante el periodo transitorio debe negociarse el Tratado sobre la relación futura RU-UE, sin duda el más importante. Hay muchas cuestiones relevantes cuya situación dependerá de los términos de este segundo Tratado; en este sentido, diversos ejemplos de relación comercial y política con la UE pueden seguirse, como el que vincula a Canadá, Suiza o Noruega con la Unión. El periodo transitorio podría prolongarse dos años más, hasta el final de 2022. En caso de no acuerdo, de nuevo el amenazante escenario de un «Brexit duro» podría resurgir.

Con el Brexit se ha consumado por vez primera la salida de un Estado de la Unión, con el consiguiente abandono del proyecto de integración europea de un gran país europeo singularmente relevante en las relaciones internacionales. El procedimiento de salida del art 50 TUE contenía grandes enigmas que se han ido resolviendo. El proceso ha sido jurídica y políticamente muy confuso, y se ha visto lastrado por la complejidad de los problemas políticos y judiciales internos británicos. En este contexto, la sorprendente falta de estrategia, previsión y realismo de los negociadores británicos ha contrastado con la claridad y unidad de la posición negociadora de la UE, que ha demostrado flexibilidad y generosidad bajo el principio de realizar una retirada ordenada.

El Brexit afecta sensiblemente a España, tanto por los importantes vínculos económicos y sociales bilaterales, como por

el altísimo número de residentes en el otro país (oficialmente, 300.000 británicos en España y 130.000 españoles en RU). España adoptó el R. D. 5/2019, de medidas de contingencia ante una eventual salida sin acuerdo. Además, la controversia histórica sobre Gibraltar conoce una nueva fase, al deber salir con RU de la UE este territorio pendiente de descolonización supervisada por la ONU. España obtuvo en las orientaciones del Consejo Europeo para la negociación del Brexit que cualquier decisión sobre Gibraltar requiera el previo acuerdo entre España y RU, lo que comporta un veto español. En el Tratado de retirada se contiene un protocolo sobre Gibraltar que obtuvo la previa aprobación de España en una separada negociación hispano-británica. Este protocolo reenvía a 4 memorandos, firmados en noviembre de 2018 (ciudadanos y trabajadores transfronterizos, tabaco, medioambiente, cooperación aduanera y policial). Complementariamente, España firmó en marzo de 2019 un Tratado internacional sobre fiscalidad y protección de intereses financieros, el primero con RU sobre Gibraltar tras el Tratado de Utrecht. En conjunto, el Derecho originario europeo blinda y potencia la cooperación transfronteriza con Gibraltar. Además, en este primer Tratado de retirada se realizaron declaraciones interpretativas que garantizan, para el segundo Tratado, la previa aquiescencia de España a cualquier nueva situación.

El Brexit se ha inscrito en las tendencias nacionalistas y populistas que en la sociedad internacional propugnan afrontar problemas complejos con argumentos, información y respuestas simples o manipuladas ante las opiniones públicas. En este contexto, el uso del referendo parece poco apropiado para decidir mediante una única respuesta sí/no cuestiones muy complejas que vinculan a generaciones futuras. Aunque no hay que olvidar que en RU razones históricas profundas explican una sólida posición antieuropeísta, el referendo ha producido una grave división en la opinión pública, y también entre las regiones que conforman el Estado británico; con consecuencias para los territorios que deseaban permanecer en la UE: Irlanda del Norte (55.7% en el referendo) y especialmente, Escocia (62%), con su pretensión de independencia.

Y si la salida de RU tiene trascendencia identitaria para el RU, también lo tiene para la identidad de la UE. No en vano, la incorporación de un Estado al proceso de integración transforma al Estado y al mismo tiempo a la propia integración, por lo que su salida tiene igualmente un efecto transformador. En este replanteamiento múltiples elementos pueden cambiar: mayor cohesión interna, consolidación de la UE como actor con política exterior y proyección geopolítica mundial, o una legitimidad, identidad y narrativa europeas reorientadas hacia los valores de una Europa asertiva en un contexto de mayor profundización integradora.

De todas formas, con la salida de RU, estamos en el comienzo de procesos redefinitorios de envergadura. Grandes incógnitas se plantean en el futuro a corto, medio y largo plazo con el principal Tratado, el de relación futura UE-RU, que sabemos RU enfoca con una perspectiva no tanto de territorio aduanero común como de libre comercio en una relación por definir respecto el Mercado interior europeo; además de aspectos señeros como los de seguridad y defensa o de cooperación policial. La dificultad se acrecienta ya que al ser un acuerdo mixto necesitará también la aprobación de todos los Estados miembros y sus Parlamentos para la ratificación. En este sentido, el periodo transitorio del año 2020 –que no tiene cláusulas de salvaguarda

en caso de un no acuerdo, ni siquiera la fórmula «Backstop» para Irlanda – probablemente es un plazo demasiado breve, por lo que la situación de incertidumbre se prolongará previsiblemente en los años próximos. *[Como es lógico, el impacto de la Covid 19 hace todavía más difícil el cumplimiento de los plazos].*

BIBLIOGRAFÍA

El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, n.º monográfico «Brexit», 84-85, enero-febrero 2020.

Cuadernos de Gibraltar / Gibraltar Reports – Revista académica sobre la controversia de Gibraltar, https://revistas.uca.es/index.php/cdg

Mangas Martin, A.: «Cuestiones jurídicas en torno al Brexit: notificación, plazos, formación de la voluntad, orientaciones y revocación», en *Anuario Español de Derecho Internacional*, 2018.

Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos, Dosier «Brexit» https://especiales.realinstitutoelcano.org/brexit/

Alejandro del Valle Gálvez
Catedrático de Derecho Internacional Público
Titular de la Cátedra Jean Monnet de Derecho de la UE de la Universidad de Cádiz
Director, Centre of Excellence «Migration and Human Rights in Europe's External orders»

VER TAMBIÉN: ACERVO DE LA UNIÓN EUROPEA / COMISIÓN EUROPEA / CONSTITUCIÓN EUROPEA (Proyecto) / INTEGRACIÓN EUROPEA / **PANDEMIA: PERSPECTIVA INTERNACIONAL** / PARLAMENTO EUROPEO / POLÍTICA EXTERIOR Y DE SEGURIDAD DE LA UNIÓN EUROPEA / SOCIEDAD INTERNACIONAL / UNIÓN EUROPEA

BUROCRACIA

El término burocracia es esencial en el estudio de la Administración Pública. Se trata de un concepto polémico y nada pacífico que posee dos significados totalmente contrapuestos. Por una parte, un sentido positivo vinculado a lograr la neutralidad, eficacia y eficiencia de las instituciones públicas, que es atribuible a Max Weber. Por otra parte, una visión negativa y con connotaciones peyorativas tanto anteriores como posteriores a las aportaciones de Weber. El término burocracia procede de la lengua francesa *bureaucratie*, y este de *bureau*, oficina, escritorio, y –*cratie*, –cracia: gobierno. Los inicios de este concepto tienen una connotación negativa tanto a nivel intelectual como popular.

El primer momento en el que se utiliza el término viene de la mano del economista francés Vicent de Gournay como una crítica a las políticas practicadas por la Monarquía absoluta a mediados del siglo XVIII. La esencia del concepto es de desaprobación ya que se asocia a un modelo de organización de los poderes públicos y de sus empleados no como una forma de defender el interés público sino como un sistema patrimonialista, en beneficio de determinados empleados públicos, para ejercer el poder y beneficiarse del mismo. A partir de este momento se establece un debate intelectual instalado en la gran paradoja que persigue al concepto burocracia: la necesidad de buscar un modelo de organización racional y eficaz tanto para las instituciones públicas como para las privadas (Smith, Stuart Mill y Comte) pero que puede, también, generar externalidades negativas (Marx y Engels).

La concepción de burocracia en su dimensión moderna y más relevante la aporta Max Weber en su obra *Economía y Sociedad* (1921). Para Weber el modelo burocrático es el sistema de organización del poder público que puede superar los sistemas carismáticos y tradicionales que suelen degenerar en clientelismo y en lógicas patrimoniales en la Administración Pública. Se trata, por tanto, de una radical apuesta por la modernización de las instituciones públicas buscando la neutralidad. Las características del modelo de burocracia de carácter weberiano son: jerarquía de autoridad, división sistemática del trabajo, rutinas y procedimientos estandarizados y normas preestablecidas por escrito. Pero más que sus esencias de carácter organizativo hay que resaltar sus atributos y beneficios institucionales: neutralidad, meritocracia en el acceso a la función pública y definición de una carrera administrativa también meritocrática. Es decir: la profesionalización del empleo público y abandonar definitivamente el sistema clientelar. A nivel teórico, la burocracia es el mejor sistema de organización del trabajo que asegura la neutralidad y el trato equitativo de las Administraciones Públicas, que es el elemento esencial que aporta seguridad jurídica a la sociedad y a los actores económicos. Hay que tener presente que la seguridad jurídica es el ingrediente esencial que facilita el desarrollo económico como mecanismo para alcanzar el bienestar social. Beneficio institucional reconocido recientemente por la Economía moderna (Acemoglu y Robinson).

A pesar de que la gran mayoría de las Administraciones Públicas del mundo (y también en una parte de las organizaciones privadas según la conceptualización

de Mintzberg: fundamentalmente, la burocracia maquinal) opera bajo el modelo burocrático, este sistema ha seguido siendo una fuente constante de controversia y de insatisfacción. El modelo burocrático weberiano ha manifestado desde su implantación en las instituciones públicas dos grandes problemas: uno estructural y otro contextual. El problema y las externalidades negativas de carácter estructural, parcialmente previstas por el propio Weber, guardan relación con un exagerado apego al reglamento utilizado como un sistema de protección y de privilegio en manos de los funcionarios. Es evidente que el gran problema de la burocracia moderna es su captura individual y colectiva por parte de los empleados públicos que puede llegar a generar una «neopatrimonialización» del espacio público, precisamente lo que Weber intentaba evitar. No deja de ser curioso que los estructuralistas, los estudiosos de la burocracia (Merton, Crozier, Friedberg o Maintz), hayan sido los más críticos con el funcionamiento práctico de este modelo. El problema contextual procede del desarrollo del Estado del bienestar, donde los poderes públicos ya no se limitan a regular y a disciplinar a los actores sociales y económicos, sino que también prestan directamente un gran volumen de servicios públicos. El sistema burocrático reglamentista cohabita mal con la necesidad de flexibilidad y de adaptación a unas dinámicas contingentes para una correcta prestación de los servicios públicos. La solución inicial a este desajuste consistió en vincular el modelo burocrático con el sistema de gestión empresarial de carácter fordista (Taylor) como un mecanismo idóneo para prestar servicios públicos de manera racional, eficaz y eficiente a un enorme volumen de ciudadanos. Pero la combinación entre la burocracia y el fordismo aporta una doble rigidez conceptual que dificulta la prestación de servicios de manera personalizada y adecuada a las expectativas de cada ciudadano o grupo social.

Esta contradicción entre burocracia y prestación de servicios flexible, eficaz y eficiente tiene un punto de inflexión de la mano de la denominada Nueva Gestión Pública (NGP), surgida a principios de la década de los noventa del siglo pasado. La NGP se postula como un modelo posburocrático (Barzelay) que se caracteriza por la introducción en la Administración Pública de diversas técnicas organizativas modernas vinculadas a la gestión empresarial. La NGP ha sido, de manera explícita o implícita, el paradigma teórico dominante en la mayoría de las Administraciones Públicas durante las tres últimas décadas. Esta corriente ha acreditado éxitos en determinados ámbitos de gestión, pero también fracasos ya que la gestión pública no ha experimentado un cambio radical en la mejora de la prestación de servicios. Pero la principal crítica que se puede realizar a la NGP es que solo se ha preocupado por la dimensión de prestación de servicios de la Administración Pública y se ha olvidado de su dimensión de aporte de seguridad jurídica al sistema social y económico. La flexibilidad y las técnicas de organización empresarial no conviven bien con la neutralidad y la seguridad jurídica y durante las últimas décadas la Administración Pública ha sido más proclive al clientelismo, a la corrupción y una aleatoria discrecionalidad que ha generado inseguridad jurídica a la sociedad y a la economía. Actualmente, las Administraciones contemporáneas conviven de manera conflictiva y desordenada con dos modelos: el burocrático y el gerencial. Conflictiva, ya que estos dos modelos son contradictorios y luchan por la dominación de uno sobre el otro, y desordenada, ya que los cargos políticos y los empleados públicos utilizan ambos modelos de manera poco

metódica. El resultado perverso de esta convulsa convivencia entre el modelo burocrático y el gerencial es que puede flexibilizarse la parte burocrática de la Administración y, con ello, generar inseguridad jurídica y, en cambio, puede burocratizarse la parte gerencial de la Administración y prestar servicios de manera poco eficaz y eficiente.

Una posible solución a la actual encrucijada es reconocer de manera clara que las Administraciones Públicas contemporáneas tienen dos grandes misiones. Una, la de disciplina, que aporta seguridad jurídica para fomentar el desarrollo económico y humano de una determinada sociedad y para ello es necesario mantener el modelo burocrático. La segunda misión es la de prestar servicios públicos de manera flexible y personalizada y para ello se requiere el modelo gerencial de carácter empresarial. Una Administración ordenada con dos modelos que no compiten, sino que conviven de manera armónica. Por otra parte, la futura implantación en la Administración de la inteligencia artificial y de la robótica puede impulsar la implantación de un sistema burocrático mucho mejor que el actual. Un modelo burocrático estandarizado, inteligente para detectar y aprender de la excepción, pero sin las externalidades negativas en forma de capturas derivadas de los intereses de determinados empleados públicos y de mecanismos de autoprotección laboral. Una Administración Pública burocrática, sin burócratas. Al fin y al cabo, el gran problema del modelo burocrático de Weber es que es perfecto e impecable a nivel teórico, pero que jamás ha operado de manera estrictamente racional y objetiva debido al elemento subjetivo, que son las personas y los grupos que ejercen las funciones administrativas. Las bases del modelo de Weber de carácter impersonal (que permitan alcanzar la neutralidad y la objetividad) pueden reverdecer y replantearse como apuesta de modernidad de la mano de la inteligencia artificial y de la robótica.

BIBLIOGRAFÍA

Barzelay, M.: *Atravesando la burocracia: una nueva perspectiva de la Administración pública*. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.

Mintzberg, H.: *La estructuración de las organizaciones*. Barcelona: Ariel, 1984.

Nieto, A.: *La burocracia (I. El pensamiento burocrático)*. Madrid: Instituto de Estudios Administrativos, 1976.

Ramió, C.: *Inteligencia artificial y Administración pública. Robots y humanos compartiendo el servicio público*. Madrid: Los Libros de la Catarata, 2019.

Weber, M. (1921): *Economía y Sociedad. Esbozo de Sociología comprensiva*. (1.ª edición en español) México: Fondo de Cultura Económica, 1964.

Carles Ramió
Catedrático de Ciencia Política y de la Administración
Universitat Pompeu Fabra

VER TAMBIÉN: ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA / ADMINISTRACIONES PÚBLICAS / AGENDA DIGITAL / BIG DATA / BUEN GOBIERNO / BUENA ADMINISTRACIÓN / CIENCIA DE LA ADMINISTRACIÓN / FUNCIÓN PÚBLICA / ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA / RENDICIÓN DE CUENTAS / SECTOR PÚBLICO

CALENTAMIENTO GLOBAL Y CAMBIO CLIMÁTICO

Fue el profesor sueco Svante Arrenhius, uno de los primeros Premios Nobel de Química, quien a finales del siglo XIX advirtió por primera vez lo que hoy llamamos calentamiento global antropogénico. Concretamente se percató de que había un aumento de CO_2 en la atmósfera por las emisiones de la industrialización humana, que originaba un aumento de la temperatura de la atmósfera frenando así, probablemente, lo que de otra manera habría sido una tendencia a la quinta glaciación.

Esa alteración atmosférica originaba el efecto invernadero, que hace que determinados gases, fundamentalmente el CO_2 y el metano, se estabilicen en una especie de gran esfera circular alrededor del planeta, que permite el paso de la luz solar, pero que frena la salida al exterior del calor de ese mismo origen.

El calentamiento global funcionó durante millones de años en el planeta, permitiendo la vida en el mismo, pues de otra manera estaríamos a –20 grados, como sucede con los exoplanetas. Pero el problema surgió al superarse bruscamente el nivel térmico de siempre, en torno a 15 grados. Siendo posible ese cambio por la gran actividad de la Revolución industrial y del desarrollo humano ulterior, con tecnologías cada vez más impactantes a partir, sobre todo, del fin de la Segunda Guerra Mundial. El problema es si llegáramos a cinco o seis grados por encima de la temperatura preindustrial, con situaciones calamitosas para todos.

El efecto global de calentamiento se debe en lo fundamental al consumo masivo de combustibles de origen fósil, como el carbón, el petróleo y el gas natural, que generan el CO_2 y otros gases de efecto invernadero (GEI). Así como algunas otras funciones relacionadas con la agricultura y la ganadería, que generan gran volumen de metano.

Lo grave del caso son las consecuencias del calentamiento global, que son muchas, y que podrían ser dramáticas si no se frenan: subida del nivel del mar, por lo menos de un metro en lo que queda de siglo, y seguramente más, como consecuencia del deshielo de los glaciares de Groenlandia y la Antártida, y de otros en todo el mundo. Por otra parte, el inmenso aporte de agua dulce a los mares no solo eleva su nivel (en el extremo muy lejano de total fusión, hasta 70 metros), sino que además produce la acidificación de los océanos, con efectos letales para su fauna y flora. Y asimismo significa la afloración en la superficie marítima del metano del fondo de los océanos en cantidades ingentes, con consecuencias más que perniciosas.

La fauna y flora podrían sufrir efectos muy nocivos, e igualmente la salud humana. Con otras consecuencias, como la desertificación, y los rigores extremos meteorológicos, con casos como el del huracán Katrina, los incendios forestales de Australia, y las prolongadas sequías de Chile y California, y de otros países.

La percepción del problema del calentamiento global y sus consecuencias cabe fijarla, en el calendario humano, en la Conferencia de Río de Janeiro en 1992, la Cumbre de la Tierra, en la que se firmó la Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático. Un texto básico desde entonces para los proyectos de frenar, sobre una base de coope-

ración mundial, el cambio originado por las actividades humanas.

Frente a tantos posibles efectos negativos por venir, está la actitud de mantener el planeta en las mejores condiciones posibles, apoyada en las averiguaciones científicas del llamado Panel Internacional del Cambio Climático (IPCC), que funciona desde los años 80 del siglo XX, dependiendo del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), y la Organización Meteorológica Internacional (OMM). Con una indudable apreciación de los fenómenos en curso, y definitivamente con la caracterización de tales fenómenos, en su mayor parte antropogénicos.

Pero frente a las apreciaciones científicas del IPCC, en el que colaboran más de 3.000 estudiosos de todo el mundo, hay un conjunto de negacionistas que consideran que no pasa nada extraordinario, y que ya hubo casos de calentamiento en el pasado que se superaron sin más. A ellos se unen los observadores TL2, quienes estiman que la actuación humana contra el calentamiento llega demasiado tarde (*too late*), y con muy poca inversión, demasiado poca (*too little*). Esas voces de negacionistas y escépticos pesan todavía mucho en la batalla dialéctica sobre el cambio climático, figurando entre los más peligrosos en ese aspecto los lobbies de la producción de combustibles de origen fósil y, últimamente, la actitud del presidente de Estados Unidos, Donald Trump, así como unos pocos líderes más.

¿Qué hacer? Esa es la pregunta, pudiendo decirse que, con base en la citada Convención de Río, se publicó el llamado Protocolo de Kioto, que entró en vigor en 1997, estableciéndose en él un sistema de cuotas nacionales de las emisiones de GEI, a efectos de contener la subida térmica. Y con criterios no solo de mitigación, sino también de adaptación al cambio. Sin embargo, Kioto, cuya caducidad definitiva es en 2020, fue un fracaso colectivo, ya que solamente los países de la UE, y unos pocos más, quisieron aceptar sus preceptos, con un gran negacionismo colectivo: los mayores contaminadores del mundo (China y Estados Unidos) quedaron al margen por entero de las aspiraciones de recorte.

Fue en Copenhague, en 2009, cuando se tomó conciencia de la enorme gravedad del fracaso de Kioto. Y por entonces, se esbozaron nuevos criterios para que todos los países entraran en el proyecto de acabar con las emisiones de CO_2 y otros GEI. Propósito que se alcanzó en la Conferencia de las Partes (COP), número 21, con el llamado Acuerdo de París de 2015, en el que todos los países de la Tierra (193) apoyaron, en principio, el principal objetivo señalado, con una nueva esperanza de llegar a tiempo para frenar un problema de otra manera dramático. Porque ya los niveles de contaminación de GEI alcanzaron las 400.000 toneladas, y el contenido de carbono en la atmósfera se situó en más de 400 partes por millón. Fijándose el objetivo de no superar los 2 º C de la era preindustrial.

Sin embargo, el Acuerdo de París de 2015 no resolvió todo, ni mucho menos. Entre otras razones, porque los mayores contaminadores no aceptaron la idea de ir con rapidez al centro del problema. En el caso de Estados Unidos (que emite el 9 por 100 del total GEI), incluso la aprobación del presidente Obama en 2015 quedó sustituida por la decisión de Trump de retirarse del Acuerdo, lo que sucedería en 2020. Y en cuanto a China (emisor del 19 por 100 de los GEI), obtuvo en París el permiso de empezar a recortar emisiones solamente en 2030, con un aporte más que formidable al empeoramiento de la situación hasta esa fecha.

Por lo demás, con resultados muy poco favorables en el caso de Rusia –que solo en 2019 se incorporó al Acuerdo de París– y de Arabia Saudí y otros países de la OPEP, que siguen, normalmente, en la era del petróleo y el gas natural.

Para terminar, en 2019, en la COP-25 (celebrada en Madrid, por sucesos de violencia política en Chile que era la sede prevista), se declaró la emergencia climática en la UE, que agrupa ahora a 27 países, poniendo medios en proyectos adecuados, para lograr la completa descarbonización de la sociedad en 2050. Con un cambio total del modelo energético, para sustituir los mencionados combustibles de origen fósil por las energías renovables (eólica, solar, maremotriz, biomasa, etc.).

El camino marcado por la UE es el más avanzado de todos. Con un consenso conseguido en la Comisión y en el Consejo que son un modelo para los demás partícipes del Acuerdo de París. Pero no hay que engañarse, estamos muy lejos de haber llegado a una verdadera senda de solución. La atmósfera está deteriorándose más que nunca, y será preciso un radical reajuste de los objetivos del Acuerdo de París para que, en un momento dado, pueda empezar a frenarse el avance térmico hacia lo catastrófico. Las horas de reflexión tienen que venir seguidas, muy pronto, de la verdadera acción de todos los países del planeta Tierra, si realmente queremos que este siga siendo un hábitat hospitalario para todos.

BIBLIOGRAFÍA

Véase, del autor:

Tamames, R.: *Frente al apocalipsis del clima*. Barcelona: Profit, 2016 (prólogo de Ramiro Aurín).

Véanse también:

Carra, A.: «Cambio climático. La revolución industrial acabó con la Pequeña Edad de Hielo», en *ABC*, 19 de agosto de 2015.

Díaz, A.: «Charles David Keeling, descubridor del cambio climático», en *El Mundo*, 27 de junio de 2005.

[Voz] «Efecto invernadero», en *Diccionario de Ciencias*. Madrid: Diccionarios Oxford-Complutense, 2004.

Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático: *Entrega concluyente del Quinto Informe de Evaluación. El cambio climático amenaza con impactos irreversibles y peligrosos, pero existen opciones para limitar sus efectos* (noviembre de 2014) https://www.ipcc.ch/pdf/ar5/prpc_syr/11022014_syr_copenhagen_es.pdf.

Ribot, L.: «[Recensión] sobre el libro de G. Parker *El siglo maldito. clima, guerra y catástrofe en el siglo XVII*», en *ABC Cultural,* 3 de enero de 2014.

VV. AA.: *Cambio climático: mitigación. Guía resumida del Quinto Informe de Evaluación del IPCC. Grupo de trabajo III*. Madrid: Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, Fundación Biodiversidad y Oficina Española del Cambio Climático, junio de 2015.

VV. AA.: «The science of climate change. Supermodels», en *The Economist* (Special report: «Climate Change. Hot and bothered»), 28 de noviembre de 2015.

Wagner, G.; Weitzman, M. L.: *Climate shock. The economic consequences of a hotter planet*. Princeton: Princeton University Press, 2015.

Ramón Tamames
Académico de Número de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas
Catedrático de Estructura Económica

VER TAMBIÉN: ASIA-PACÍFICO / CHINA / ECOLOGISMO-VERDES / ESTADOS UNIDOS / GLOBALIZACIÓN / MEDIO AMBIENTE / **PANDEMIA: PERSPECTIVA INTERNACIONAL** / POLÍTICA CIENTÍFICA / SOCIEDAD INTERNACIONAL

CALIDAD DEMOCRÁTICA (ANÁLISIS EMPÍRICOS)

La cuestión sobre la calidad de la democracia hunde sus raíces en la vieja aspiración filosófica de responder a la cuestión de las condiciones y características del «buen gobierno», que ya late en las reflexiones de Aristóteles o Platón. Por lo tanto, responde a la tensión normativa que ha estado presente en la Filosofía y la Teoría políticas, inspiradoras de nuestras democracias liberales. La tensión normativa, sin embargo, cedió protagonismo al escrutinio de las condiciones empíricas de los procesos de democratización, en pro de un consenso sobre los requisitos mínimos de toda democracia o poliarquía, en los términos definidos por R. Dahl (1971). La estabilidad de las democracias liberales anglosajonas facilitaba la atención preferente de la Ciencia política de esta área geopolítica a la funcionalidad o disfuncionalidad de los procesos institucionales, sus actores, los comportamientos, la dinámica competitiva y los resultados, garantes de tal estabilidad. Pero las crisis de las democracias europeas y latinoamericanas obligaron a la Ciencia política a preguntarse por las razones de las quiebras y, sobre todo, por los procesos de transición y democratización, primero, y consolidación, después (Linz and Stepan, 1996). Por fin, la expansión de los procesos de democratización, con la llamada tercera ola de las democracias a partir de 1970, hizo que la Ciencia política pusiese el acento en la comparación y variedad de las democracias (Lijphart, 1984), no tanto para conformarse con la descripción de su diversidad, cuanto para abrir el camino a su adjetivación (representativa, deliberativa, participativa, directa, asociativa, delegativa, consociativa, etc.) y de ahí a su inevitable evaluación.

En la evaluación subyacen y retoman vitalidad los dos viejos enfoques: el empírico y el normativo. Y, al mismo tiempo, una doble vía de actuación o proyección analítica: la cuantitativa y la cualitativa (Munck, 2009). Hablar de calidad democrática es, por tanto, calificar un sistema político democrático en función de sus características (institucionales y performativas), por un lado, y puntuarlo en función del grado de cumplimiento de sus objetivos o requisitos, por otro. En el primer caso partimos de unos criterios de clasificación y en el segundo de unos estándares de medición, tanto cuantitativos como cualitativos en ambos casos. Es obvio que nos encontramos ante una cuestión compleja sobre la que no hay consenso ni conceptual, ni metodológico, pero que va acumulando hallazgos y resultados, mayormente, convergentes. Entre la numerosa producción conceptual, analítica y metodológica destacaremos tres aproximaciones, encabezadas por G. O'Donnell/J. Vargas/y O. M. Lazzetta (2004), S. Weir y D. Beetham (1999) y L. Diamond y L. Morlino (2005), respectivamente. A estos tres grandes grupos o paradigmas hay que añadir la proliferación de *rankings* y clasificaciones sistemáticas y periódicas a partir de grandes bases de datos de un buen número de entidades internacionales (Banco Mundial, *The Economist*, Freedom House, IDEA Internacional, World Justice Project o las fundaciones Bertelsmann o Konrad Adenauer, entre otros), así como instituciones académicas (Democratic Audit, Oslo Governance Center, la base de datos *Polity* de la Universidad de Maryland, la red internacional Estado de la Democracia…). A estos hay que añadir *rankings* parciales como el «índice de libertad de prensa» de Reporteros sin

Fronteras, el «índice de paz global» del Institute for Economics and Peace, o el «índice de percepción de la corrupción» de Transparencia Internacional, por citar los más conocidos y con mayor impacto internacional.

Siguiendo a L. Morlino, evaluar la calidad de una democracia es trasladar al análisis empírico concepciones normativas de la democracia para lo que es necesario el diseño de una herramienta con capacidad inclusiva de tal diversidad normativa. Por lo tanto y como él hace, de las definiciones normativas más sustantivas de la democracia hay que extraer las cualidades sobre las que fijar la atención, ordenándolas en función de lo que se puede entender por calidad en una triple dimensión de los procedimientos, del contenido y de los resultados, dando lugar a un modelo analítico en el que cada dimensión se operacionaliza, cualitativa y cuantitativamente, en grupos de indicadores. La fijación de este estándar analítico aplicado a partir de criterios normativos permite calificar una democracia como buena o no, o como peor o mejor. Como dice el propio Morlino, «una democracia de calidad es una *buena* democracia», entendida como aquel ordenamiento institucional estable que mediante instituciones y mecanismos que funcionan correctamente consigue la libertad y la igualdad de los ciudadanos… un régimen muy legitimado y, por tanto, estable, que satisface completamente a los ciudadanos» (2009:186). Aunque tenemos a nuestra disposición distintas definiciones de la calidad democrática, la clave está en su potencial operativo para su contraste empírico de una forma objetivable.

Por ello, lo que hace Morlino en el diseño de su modelo es recurrir a la adaptación de los controles de calidad de los productos en el diseño industrial, basados en tres pilares de calidad: del proceso de producción, de las cualidades del propio producto y de la satisfacción de los compradores, consumidores o clientes Las equivalencias son claras para él: el primero se corresponde con los procedimientos normativos e institucionales de adopción de decisiones y producción de políticas (procedimientos), los segundos responden a los resultados y al rendimiento institucional (contenido) y, finalmente, la satisfacción de los ciudadanos, tanto con el desempeño como con sus resultados, va a depender de sus expectativas y valores democráticos (resultado). Como en todos los modelos analíticos estas tres dimensiones básicas se despliegan en variables y estas, a su vez, en indicadores para su medición y contraste. En primer lugar, el sistema de normas y procedimientos se despliega en cinco dimensiones (Estado de Derecho, rendición de cuentas electoral e interinstitucional, participación y competición políticas), la dimensión de contenido se divide en un doble componente (el estado de los derechos y libertades y la igualdad política, social y económica) y, finalmente, la dimensión de resultado se refiere a la capacidad de respuesta a las demandas y expectativas de la ciudadanía. De este modo, el marco de trabajo para la evaluación parte de los principios democráticos de control ciudadano e igualdad política y siete valores derivados: participación, autorización, representación, responsabilidad, transparencia, capacidad de respuesta y solidaridad. La herramienta final para el análisis es un cuestionario estructurado sobre 15 preguntas-eje (nacionalidad y ciudadanía, Estado de Derecho y acceso a la justicia, derechos civiles y políticos, derechos económicos y sociales, elecciones libres e iguales, papel de los partidos políticos, eficacia y capacidad de respuesta gubernamental, eficacia democrática del Parlamento, control civil de las Fuerzas Arma-

das y de seguridad, integridad en la vida pública, papel de los medios de comunicación, participación política, descentralización, influencias externas e impacto exterior) y otras 75 preguntas específicas sobre indicadores derivados.

Vayamos ahora a las evaluaciones comparadas de la democracia española. El de mayor impacto suele ser el Índice de Democracia de la EIU de *The Economist*, aplicado en ocho ocasiones desde 2006 a más de 160 países. Toma en consideración cinco grandes bloques temáticos (libertades civiles y políticas, cultura política, participación, pluralismo y calidad de los procesos electorales y eficacia gubernamental) desglosados en un cuestionario de 60 preguntas o indicadores, a los que aplica una escala de 10 puntos que distribuye en cuatro categorías (democracias «plenas» por encima de los 8 puntos, «imperfectas» entre 6 y 8, regímenes «híbridos» entre 4 y 6 y sistemas «autoritarios» por debajo de 4) en base al juicio emitido por expertos y encuestas de opinión a la población. En concreto, en la última evaluación referida a 2018 la democracia española obtiene un 8.08, que la sitúa en el puesto 19 de las 20 que integran el grupo de cabeza de las «democracias plenas».

El *Índice de Imperio de la Ley* o del Estado de Derecho del World Justice Project, aplicado en diez ocasiones desde 2008 a más de 120 países, toma en consideración ocho grandes dimensiones (separación de poderes y limitación del Ejecutivo, ausencia de corrupción, orden y seguridad, derechos fundamentales, gobierno abierto, aplicación de la normativa, justicia civil y justicia penal) desglosadas en 47 indicadores y unas 500 variables, a las que aplica una escala de 0 a 1 que distribuye en seis categorías a partir de encuestas de opinión e informes de expertos. En el último informe de 2019 la democracia española obtiene un 71 y se sitúa en el puesto 21 (en el grupo superior hay 10 países y en el segundo son 13).

Aunque la calidad de la democracia española sale muy bien parada, comparativamente, en los principales índices y con evoluciones positivas a lo largo del tiempo, sin embargo, quedan retos y un amplio margen de mejora. Uno de los aspectos más críticos es el de la percepción de la corrupción, sobre todo, del sector público. En este sentido la ONG Transparencia Internacional elabora, anualmente desde 1995, el *Índice de Percepción de la Corrupción,* aplicando una escala que va de 0 (máxima corrupción) a 100 (máxima transparencia) en base a encuestas a expertos, empresas e instituciones. En el informe referido a 2018 España obtiene 58 puntos y se ubica en el puesto 42, muy por debajo del promedio de 75 puntos de las llamadas «democracias plenas» a las que pertenece, aunque por encima del promedio de 49 puntos del grupo de las «democracias débiles», lo que identifica con claridad uno de los puntos más críticos de la democracia española.

Sin voluntad comparativa, la *Fundación Alternativas* viene aplicando en España, anualmente desde 2007, su propio modelo de auditoría o evaluación a través de un *Índice de Calidad Democrática*. Toma en consideración cinco dimensiones (ciudadanía, representación, gobernabilidad, participación y relaciones exteriores), desglosadas, a su vez, en 12 áreas o racimos de indicadores (más de 60), a las que aplica una escala de 0 a 10 a partir de datos obtenidos de encuestas a expertos. En el último informe referido a 2018 (Fundación Alternativas, 2019) la puntuación global ha sido de 5,8 (a medio camino entre el máximo inicial de 6,2 en 2007 y del mínimo de 5,2 en los

años de la crisis 2013-15). Así pues, nuestros expertos son más autocríticos que los estándares de evaluación internacionales sobre la democracia española y, al mismo tiempo, algo más generosos que el malestar democrático con el funcionamiento de nuestra democracia que la ciudadanía transmite a través de las encuestas de opinión, sobre todo, desde los años de la crisis económica.

BIBLIOGRAFÍA

DAHL, R. A.: *Poliarchy: Participation and Opposition*. New Haven: Yale Univ. Press, 1971.

DIAMOND, L.; MORLINO, L., eds.: *Assessing the Quality of Democracy*. Baltimore: The Johns Hopkins Univ. Press, 2005.

LIJPHART, A.: *Democracies: Patterns of Majoritarian & Consensus Government in twenty-one countries*. New Haven: Yale Univ. Press, 1984.

LINZ, J. J.; STEPAN, A.: *Problems of Democratic Transition and Consolidation*. Baltimore: The Johns Hopkins Univ. Press, 1996,

MORLINO, L.: *Democracias y democratizaciones*. Madrid, CIS, 2009.

MUNCK, G. L.: *Messuring Democracy: A bridge between Scholarship and Politics*. Baltimore: The Johns Hopkins Univ. Press, 2009.

O'DONNELL, G.; VARGAS, J.; LAZZETTA, O. M., eds: *The Quality of Democracy: Theory and Applications*. Notre Dame: Univ. of Notre Dame Press, 2004.

VV. AA.: *Informe sobre la democracia en España 2018*. Madrid: Fundación Alternativas, 2019.

WEIR, S.; BEETHAM, D.: *Political Power and Democratic Control in Britain: The Democratic Audit of The United Kingdom*. London: Routledge, 1999.

Francisco J. LLERA RAMO
Catedrático Emérito de Ciencia Política
Universidad del País Vasco

VER TAMBIÉN: BUEN GOBIERNO / CALIDAD DEMOCRÁTICA (ENFOQUES TEÓRICOS) / CIENCIA POLÍTICA / CORRUPCIÓN POLÍTICA / CULTURA POLÍTICA / DEMOCRACIA / DESAFECCIÓN POLÍTICA / ESTADO DEMOCRÁTICO / GOBERNANZA / GOBIERNO ABIERTO / RENDICIÓN DE CUENTAS / TEORÍA POLÍTICA NORMATIVA / TRANSPARENCIA

CALIDAD DEMOCRÁTICA (ENFOQUES TEÓRICOS)

Desde hace unos años, se ha hecho recurrente la expresión *calidad democrática*. No solo ha inundado las aulas y revistas académicas, sino que se ha expandido a ámbitos que, en teoría, le eran menos propios. La calidad de la democracia se ha convertido en una de las primeras preocupaciones, no solo de académicos y políticos, sino también de amplios sectores sociales. Sin embargo, no es tan claro que exista una coincidencia generalizada sobre el significado de esta expresión de modo que es preciso evitar posibles equívocos.

Calidad democrática no es sino un acrónimo de calidad de la democracia. De forma casi inconsciente, se da un salto fundamental. Si se escucha con tanta frecuencia la expresión calidad democrática, es porque se ha generalizado un estado de preocupación por el funcionamiento de la democracia contemporánea. Con una u otra intensidad, existe en casi todos los Estados con democracias consolidadas. Así se encuentra ligada a la percepción de que la salud de nuestras democracias se ha deteriorado, incluso de forma severa, en los últimos años.

Por supuesto, no existe un canon oficial universalmente compartido para medir la salud de las democracias. Pero sí existen parámetros establecidos por la mejor doctrina que se estiman como requisitos esenciales de un sistema democrático. Así, siguiendo a Robert Dahl, estos serían: a) elección ciudadana de los principales cargos públicos; b) elecciones libres, imparciales y frecuentes; c) protección de la libertad de expresión; d) acceso a fuentes alternativas de información; e) autonomía de las asociaciones; f) ciudadanía inclusiva. Ahora bien, el incremento de países que, teóricamente, cumplirían estas condiciones y, sin embargo y en paralelo, el incremento de países que desarrollan lo que podrían denominarse patologías democráticas, ha llevado a la doctrina a afinar los cánones democráticos para distinguir las «auténticas» democracias liberales de democracias «híbridas» o «defectuosas». En consonancia con ello, Wolfgang Merkel establecerá seis criterios para definir una democracia como liberal: a) legitimación del poder político en la soberanía popular; b) acceso al poder político abierto e institucionalizado mediante el sufragio; c) monopolio del poder político por parte de representantes legitimados democráticamente; d) estructura del poder político que garantiza la separación de poderes (especialmente Ejecutivo y Judicial); e) separación entre las esferas estatal y social protegida por las leyes; f) regulación y limitación del ejercicio del poder político mediante el imperio de la ley.

Con estos parámetros, se dispone de la primera herramienta para una aproximación objetiva. En primer lugar, y ante todo, una democracia es de calidad, es decir, es una auténtica democracia, si, sintéticamente, el poder lo ejerce el pueblo mediante la celebración de elecciones periódicas y verdaderamente competitivas y ese poder está, simultáneamente, sometido a las exigencias, a todas, del Estado de Derecho. Si se comparan la mayoría de las democracias occidentales, incluida la española, con estos parámetros, la conclusión será evidente. Son democracias de calidad. En la mayoría de los casos, de elevada calidad. Y así lo ratifican los estudios realizados por distintas entidades dedicadas, precisamente, a medir la calidad de la democracia, como

el índice que anualmente elabora *The Economist*. Sin embargo, y en contraste con estos análisis objetivos, la percepción de una buena parte de la ciudadanía de estos países es que la democracia es defectuosa. Una percepción que alcanzó una de sus mayores dosis de expresividad precisamente en España al hilo del movimiento del 15M, con el grito *¡No nos representan!*, si bien ya existían antecedentes, como el argentino, *¡Que se vayan todos!* Desde entonces, más allá de encuestas y estudios de opinión, distintos acontecimientos han puesto en evidencia el disgusto por el funcionamiento de democracias consolidadas, como el movimiento de los chalecos amarillos en Francia, el propio Brexit en Gran Bretaña, o los muy notables cambios en los sistemas de partidos en casi toda Europa, con la emergencia de partidos de corte populista, por no añadir las crisis en distintos Estados iberoamericanos.

Es esta circunstancia la que provoca la aludida preocupación por la calidad de la democracia. Si bien existen supuestos en los que los elementos normativo-institucionales de la democracia liberal se encuentran en riesgo, como son los casos paradigmáticos de Hungría o Polonia, por, básicamente, afección a la independencia del Poder Judicial, el sustrato fundamental de la preocupación es diferente. Si la idea de que los electos no representan es compartida, aquí y allí, por un elevado número de ciudadanos, es porque sus expectativas en relación con el poder no se ven satisfechas. Se trata de una reflexión importante ya que ayuda a distinguir los dos planos existentes: por un lado, los aspectos institucionales que afectan a los requisitos considerados como esenciales para la existencia de una auténtica democracia liberal; por otro, déficits de funcionalidad del sistema democrático. Durante años, la democracia se habría asentado no solo en su legitimidad de origen, el poder del pueblo, sino también en una legitimidad funcional aparentemente indiscutible. Los Estados más desarrollados y socialmente más justos eran los democráticos. La democracia era, también, un ideal de desarrollo económico y social.

Sin duda, se trata de dos perspectivas vinculadas. Es posible que una de las enseñanzas de los últimos años sea que ni siquiera el más perfecto funcionamiento institucional garantiza la funcionalidad de la democracia como forma de gobierno. En todo caso, es preciso que cualquier análisis sobre la calidad democrática tenga en cuenta esta doble dimensión. Y ello es particularmente relevante cuando esos análisis se realizan con la vocación de encontrar posibles soluciones. Entre otras cosas, porque es posible que las exigencias derivadas de la calidad institucional de la democracia choquen con las relacionadas con su funcionalidad y viceversa.

La mayoría de las propuestas académicas han tenido como hilo conductor la necesidad de fortalecer la participación y la representatividad de los sistemas electorales como instrumentos para la mejora de la calidad democrática y la corrección de la desafección de los ciudadanos para con el sistema. Así, durante años se hicieron muy diversas propuestas de reforma de los sistemas electorales, con el objetivo de lograr una mayor proporcionalidad; de incremento de la participación directa de los ciudadanos, fortaleciendo instrumentos como la iniciativa legislativa popular o el referéndum; o de mejorar la democracia interna de los partidos, regulando su funcionamiento y, muy especialmente, asegurando la elección democrática de sus candidatos, mediante las llamadas primarias, entre otras medidas similares. Solo en los últimos años y ante el dudoso resultado de algu-

nas de las propuestas planteadas, se ha vuelto la mirada hacia la necesidad de mejorar la calidad de la representación en sentido estricto y, en concreto, al funcionamiento del Parlamento.

La funcionalidad de la democracia ha sido objeto de examen desde una perspectiva diferente. En buena medida, y hay en esta reflexión un punto de intuición, la crisis económica ha velado problemas estructurales. La mayoría de las reflexiones se han puesto en conexión con la muy profunda crisis iniciada en el año 2008, hasta el extremo de llegar a confundirse las perspectivas. Si bien es indudable que la crisis ha repercutido en la funcionalidad abstracta del sistema, resulta perentorio distinguir entre los problemas estrictamente ligados a una circunstancia coyuntural de aquellos que tienen una naturaleza estructural y que, básicamente, se relacionan con el muy profundo cambio del modelo social, económico y tecnológico en curso. Es preciso recordar que son las presuntas ventajas de funcionalidad de sistemas autoritarios, como de forma paradigmática el chino, las que principalmente erosionan la credibilidad de la democracia a favor de estos modelos.

La democracia se encuentra sometida a tensiones significativas. Por ello, es recurrente reflexionar sobre la calidad de la democracia. A la tradicional pulsión autoritaria del poder se ha añadido una crisis de funcionalidad derivada de la inadaptación de la gobernanza tradicional a las exigencias de un nuevo modelo. La confluencia de estas dos circunstancias no podía sino provocar la erosión de aspectos esenciales del ser institucional y normativo de la democracia. El resultado de la aplicación de muchas de las recetas académicas elaboradas durante los últimos años ha sido insatisfactorio, demostrando que existen problemas estructurales sin un diagnóstico adecuado. El desafío contemporáneo no es otro que recuperar las exigencias de funcionalidad de la democracia como forma de gobierno respetando estrictamente los requisitos institucionales de la democracia.

BIBLIOGRAFÍA

Bustos, R.: *Calidad democrática. Reflexiones constitucionales entre la realidad y el deseo*. Madrid: Marcial Pons-Fundación Manuel Giménez Abad, 2017.

Dahl, R.: *La democracia*. Barcelona: Ariel, 2012.

García Guitián, E.: «Representación y calidad de la democracia» en Tudela, J., *et al.*: *Calidad democrática y organización territorial*. Madrid: Marcial Pons, 2018.

Gargarella, R.: *Crisis de la representación política*. México: Fontamara, 2014.

Tudela. J.: «La democracia contemporánea: mitos, velos y presuntas realidades», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 111 (2017).

Tudela, J., *et al.*, eds.: *Libro blanco sobre la calidad democrática en España*. Madrid: Marcial Pons, 2018.

José Tudela Aranda
Letrado de las Cortes de Aragón
Secretario General de la Fundación Manuel Giménez Abad

VER TAMBIÉN: BUEN GOBIERNO / CALIDAD DEMOCRÁTICA (ANÁLISIS EMPÍRICOS) / CIENCIA POLÍTICA / DEMOCRACIA / DEMOCRACIA (TEORÍA NORMATIVA) / DEMOCRACIA DIRECTA / DESAFECCIÓN POLÍTICA / ESTADO DEMOCRÁTICO / GOBIERNO ABIERTO / LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA / **PANDEMIA: PERSPECTIVA POLÍTICA** / PARTIDOS POLÍTICOS / REPRESENTACIÓN POLÍTICA / SISTEMAS ELECTORALES

CAMPAÑA ELECTORAL

De manera periódica los ciudadanos estamos llamados a elegir a nuestros representantes. Se trata de un momento *fuerte* en la vida de la democracia en el que se decide la orientación política de un país durante un periodo determinado de tiempo y que, dado el peso de los gobiernos en la vida política y social, se convierten en momentos claves.

Es cierto que estos momentos de elección competitiva, en la que los ciudadanos eligen entre distintas opciones, forman parte de un proceso de elección mantenido en el tiempo, en lo que se ha venido llamando campaña *permanente*, pero también es cierto que son muchos, cada vez más, los ciudadanos que reservan su decisión hasta el final haciendo de este proceso un momento verdaderamente decisivo.

La campaña electoral se mueve en el plano de las *percepciones*, que son las únicas capaz de hacer definir la decisión de voto. De ahí que las campañas se dirijan a construir percepciones, positivas o negativas, a través de los distintos canales y herramientas, en un público determinado. Frente a lo que pudiera parecer, el público objetivo de cada campaña electoral es reducido. Los candidatos y partidos durante la campaña no tratan de hablar a toda la población, sino que se centran en movilizar a los votantes propios y desmovilizar al votante ajeno, y hacerlo en aquellos lugares en los que, de acuerdo con el sistema electoral y la combinación de fuerzas, ese juego de la movilización puede resultar más decisivo en el reparto de poder. Y para hacerlo han ido extremando la precisión.

Las campañas electorales tratan de optimizar los recursos con los que cuentan y adaptarse a las técnicas y canales más eficaces para la persuasión y, en ocasiones, incluso logran anticiparse marcando el camino a distintas innovaciones comunicativas. A lo largo de la historia, las campañas electorales han ido evolucionando desde la campaña local, en la que los candidatos recorrían el territorio en la parte trasera de un tren pidiendo apoyo a los que acudían a su paso, y a través de carteles y medios de prensa, principalmente locales, que daban cuenta de las visitas, a mediados del siglo XIX, a las campañas de radio, en los años veinte, cuando los candidatos conseguían por primera vez entrar con su voz en el cuarto de estar de los votantes; el cine, primero, y la televisión, en la década de los 60 en la que la imagen acompaña a la voz para llegar a los hogares; y, en los últimos años, internet y sus múltiples aplicaciones derivadas.

Hasta ese momento el monopolio de la información se encontraba en manos de los medios de comunicación que ostentaban audiencia y credibilidad suficientes para convertirse en intermediarios imprescindibles entre las distintas opciones políticas y los ciudadanos, conformando en ese camino la opinión publica. En una sociedad más compleja, más informada y mucho más conectada, las campañas electorales actuales son una síntesis de toda su evolución histórica y combinan el uso de cada uno de los canales de comunicación, encontrando en esta combinación nuevas posibilidades de influencia. La irrupción de internet ha provocado un cambio en la propia naturaleza de las campañas, no solo por la creación de un nuevo canal, que aprovecha, integra y redistribuye los recursos de todos los canales anteriores sino porque permite desa-

rrollar otras formas de campaña, más relacionales y personalizadas, en busca de la una mayor precisión y eficacia. Además, el voto de opinión pública compite con un voto basado en la influencia del entorno y la información recibida personalmente (que cada vez adquiere más peso). La opinión pública cada vez se construye *menos* en los grandes medios de comunicación y *más* en las conversaciones privadas de la gente (aunque estas en muchas ocasiones tengan como objeto la información, o el entretenimiento, procedente de estos medios).

De ahí que, con las debidas reservas, el futuro de las campañas electorales transcurra parejo al futuro de la comunicación. Una comunicación segmentada, prácticamente personalizada, basada en la capacidad de buscar públicos objetivos y conocerlos a fondo para crear, en función de este conocimiento profundo, mensajes y canales específicos de grupos cada vez más pequeños, con los que desarrollar una comunicación de precisión que, aprovechando este conocimiento en profundidad, sea capaz de tocar las palancas adecuadas en el momento justo para generar la percepción adecuada y provocar la reacción buscada, ya sea la de la movilización o su contraria. Un tipo de comunicación que, para ser algo más que un fantasma, necesita de la recopilación masiva de los datos personales y su tratamiento automatizado y de técnicas de comunicación con una base psicológica que permita descubrir y activar estas palancas, a lo que deberíamos añadir el uso de la Inteligencia Artificial, no solo para procesar información existente sino para generar esta información (lo que lleva a la personalización a una nueva dimensión). Este tipo de comunicación facilita la comunicación a la carta (según los deseos del receptor), fomenta la endogamia y la fragmentación de grupos cerrados que se retroalimentan informativamente sin relacionarse con los demás en la esfera pública, y que son terreno propicio para la radicalización de la política y la polarización en bandos cerrados, como consecuencia de esta falta de apertura.

Otro elemento a tener en cuenta en este presente/futuro de las campañas electorales es el papel que adquieren en las mismas nuevos sujetos, hasta ahora irrelevantes. Se trata de ciudadanos organizados no tanto en respaldo de un partido concreto sino en defensa de unos intereses concretos. Estos ciudadanos pueden contribuir con su dinero y su actividad a convencer a grupos relevantes de personas, sin estar sometidos a la regulación electoral (que hasta ahora ha sido ajena a su labor, siempre que sea paralela a la labor de partidos y medios de comunicación, por considerarla irrelevante). Aparecen así perfiles anónimos o directamente falsos que tratan de incidir en la opinión pública, transmitiendo la sensación de un apoyo amplio o difundiendo información falsa, o información verdadera que, por su origen u otros motivos, no pueden ser difundidas por perfiles reconocibles. Estos perfiles pueden influir realmente y resultan casi imposibles de identificar y perseguir. Estos actores ajenos a las estructuras partidistas consiguen ir más allá y entrar en la competición electoral con candidaturas independientes o agrupaciones de electores, que gracias a la tecnología son mucho más fáciles y baratas de organizar de manera eficaz para, en poco tiempo, resultar competitivos en la competición electoral.

Otros elementos esenciales de las campañas electorales tienen que ver con el contenido del mensaje. Un mensaje que se difunde en tiempo real y que queda almacenado y accesible para siempre, en el que las fronteras son mucho más porosas y es posible influir en un proceso

electoral a miles de kilómetros, en el que la imagen se convierte en el elemento principal, y en el que *lo emocional sustituye a lo racional* como elemento principal de toma de decisiones.

Estas nuevas circunstancias suponen un cambio radical en las formas de comunicación electoral que requieren respuestas nuevas por parte de todos los actores implicados, en un delicado equilibrio en el que están en juego diferentes derechos fundamentales como la intimidad, la libertad de expresión, la representación política o la igualdad entre los contendientes en el proceso electoral. La responsabilidad de los actores implicados, candidatos, partidos, medios de comunicación y otros, las plataformas en las que se llevan a cabo estas campañas, las autoridades electorales y los gobiernos deben velar por salvaguardar este equilibrio.

BIBLIOGRAFÍA

Maarek, P.: *Marketing político y comunicación: Claves para una buena información política*. Barcelona: Paidós, 2009.

Nickerson, D.; Rogers, T.: «Political Campaigns and Big Data», en *Harvard Kennedy School Working Paper* No. RWP13-045, SSRN 15, 2013.

Rubinstein, I.: «Voter Privacy in the Age of Big Data», en *Wisconsin Law Review* (2014).

Sánchez Medero, R., ed.: *Comunicación política. Nuevas dinámicas y ciudadanía permanente*. Madrid: Tecnos, 2016.

Trippi, J.: *Revolution will not be televised*. New York: Regan Books. 2004.

Nota: El régimen jurídico de la campaña electoral en Derecho español se regula en los arts. 50 a 67 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General (L.O. 5/1985, de 19 de junio, con diversas modificaciones).

Rafael Rubio
Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universidad Complutense
Miembro de la Comisión de Venecia

VER TAMBIÉN: ADMINISTRACIÓN ELECTORAL / BIG DATA / CALIDAD DEMOCRÁTICA / CLIVAJE / COMUNICACIÓN POLÍTICA / DEMOCRACIA / DISCURSO POLÍTICO / ELECCIONES / **PANDEMIA: PERSPECTIVA POLÍTICA** / REPRESENTACIÓN POLÍTICA / SUFRAGIO

CHINA

La China de hoy está marcada por acontecimientos históricos del pasado. A la caída de la última dinastía Qing, siguió en 1912 la fundación de la República por Sun Yatsen. La presidencia de Yuan Shikai muestra su debilidad y, a su muerte, seguirá el denominado periodo de los Señores de la Guerra. El Tratado de Versalles (1919) y la concesión a Japón de territorios ocupados antes por Alemania ahonda aún más en la crisis de legitimidad del nuevo gobierno, incapaz de instaurar un Estado moderno. Seguirán años de inestabilidad hasta la consolidación de dos grandes grupos inspirados ambos en el modelo de partido único soviético: el Partido Nacionalista y el Partido Comunista. Su enfrentamiento desembocará en una cruenta y larga guerra civil, interrumpida para formar un frente contra el invasor japonés (1937-1945). Entre los intelectuales, la primera mitad del siglo XX se caracteriza por una continua reflexión sobre la necesidad de romper con la propia tradición cultural china para lograr la modernización social, política y económica. En 1921 se funda el Partido Comunista Chino. El pluralismo intelectual inicial, con la introducción de corrientes e ideas procedentes del exterior –muchas de ellas a través de Japón– va a finalizar con la predominancia del marxismo-leninismo, en una confrontación que obliga a los intelectuales a posicionarse a favor o en contra.

El 1 de octubre de 1949 se funda la República Popular y el Partido Nacionalista se refugia en la isla de Taiwán. Las dificultades vividas en la primera mitad del siglo provocan que una gran parte de la población recibiera con los brazos abiertos el nuevo régimen político. Sin embargo, las expectativas no se confirmarían. La movilización permanente sufrida por el país bajo el dominio de Mao Zedong tendrá un alto coste económico y social, con campañas que acarrearán la muerte de millones de vidas humanas, siendo el Gran Salto Adelante de 1958 y las consiguientes hambrunas el más trágico. Tras la muerte de Mao en 1976, su actuación es cuestionada por el propio Partido que criticaría un tercio de su mandato, fundamentalmente la Gran Revolución Cultural Proletaria (1966-76). En la balanza positiva, tanto oficial como popularmente, se sitúa la reafirmación de China como una nación fuerte e independiente.

Tras el interregno de Hua Guofeng desde 1976, en diciembre de 1978 toma el poder Deng Xiaoping (1904-1997). La liberalización parcial de la venta de productos en mercados abiertos supondrá un enorme incentivo para el aumento de la producción agrícola. La posterior creación de zonas económicas especiales, inicialmente a modo experimental y para atraer capital extranjero, se probaría enormemente exitosa en el sector industrial, y más tarde, en 1992 se extenderían y ampliarían dichas reformas al resto del territorio. Desde el inicio hubo un consenso entre intelectuales y políticos sobre la necesidad de priorizar el desarrollo aún a costa de una mayor degradación ambiental, ya conocida durante el maoísmo. La creciente prosperidad, la apertura y el aumento de libertades, en contraste con el totalitarismo anterior, fueron dando legitimidad a un Partido cuya ideología formalmente se mantenía, pero aceptaba la compatibilidad entre marxismo, humanismo y capitalismo económico, y utilizaba en su propaganda eufemismos o la coletilla «de características chinas» para justificar sus cambios ideológicos. De nuevo se abría el país a la recepción de

un pluralismo intelectual procedente del exterior. Las cuatro modernizaciones impulsadas por Deng en agricultura, industria, defensa y ciencia y tecnología son su legado en el siglo XXI. Otros hitos de Deng son la reunificación de Hong Kong (1997) y Macao (1999) con la aplicación de la fórmula política de «un país, dos sistemas», *de facto* un reconocimiento de la idiosincrasia propia de estos territorios, que durante el periodo colonial británico y portugués nunca eligieron democráticamente a sus dirigentes, pero disfrutaron de beneficios de un Estado de Derecho.

Durante Deng se establecieron en la Constitución un máximo de dos mandatos en la Presidencia del país y se mantuvo también una suerte de dirección colectiva del Partido sin personalismos exaltados. Así, ocuparon el puesto de secretario general: Hu Yaobang (1979-1987), Zhao Ziyang (1987-1989), Jiang Zemin (1989-1992, 1992-1997 y 1997-2002), Hu Jintao (2002-2007 y 2007-2012) y Xi Jinping (2012-2017 y 2017- actualidad). Sin embargo, este último modificó en 2018 la Constitución, dejando abierta la posibilidad de extender su mandato como presidente del país. Con anterioridad también se había producido una situación excepcional en junio de 1989, relevándose a Zhao Ziyang con motivo de las manifestaciones estudiantiles suprimidas con una brutal intervención militar. Los líderes chinos se preguntaron entonces qué había sucedido para que los jóvenes se alzaran y, a partir de 1992, se produce un cambio en los manuales de la Educación Patriótica. La antigua narrativa de «la lucha de clases» dará paso a una constante referencia a «los cien años de humillación nacional» a manos de los extranjeros, desde las guerras del Opio hasta mediados del siglo XX.

Se promueve un nacionalismo exitoso –en donde no falta la aspiración a la reunificación con Taiwán, que ni siquiera es cuestionada por la intelectualidad– resultando incluso difícil para la gente educada entender que en el relato recibido de las afrentas sufridas a manos de los extranjeros se han obviado las dificultades y muertes infligidas por los chinos contra sus propios compatriotas. A partir del 2008, el encarcelamiento y posterior muerte de Liu Xiaobo (Nobel de la Paz en 2010) ponía de manifiesto la reversión de la progresiva apertura. Con el auge de Xi Jinping se propone una modernización del Ejército y se aplican severas campañas contra la corrupción –muy bien acogidas por la población– que sirven también como antaño para purgar posibles opositores, al tiempo que se implantan nuevos y viejos modos de control de la burocracia y de la población.

En la China republicana se cuestionó el confucianismo, que en el maoísmo se atacó con furia, mientras que a finales del pasado siglo se inicia una tímida reivindicación de la ética confuciana, tratando de rellenar el vacío de valores en una sociedad donde priman el dinero y el crecimiento económico. En la actual etapa de Xi Jinping se ha buscado poner freno a la exaltación capitalista, reivindicando valores revolucionarios precedentes y las propias tradiciones chinas frente a todo lo procedente del exterior. A nivel popular, no se produce un auge del confucianismo sino de religiones populares, y especialmente de sectas budistas.

La China contemporánea también es producto de lo sucedido fuera de sus fronteras. Frente a la desintegración de la Unión Soviética se reforzó la unidad del territorio chino, mientras que el conflicto bélico de Irak, las detenciones en Guantánamo, el fracaso de la Primavera Árabe o la elección del presidente norteamericano Trump en 2016 han producido el descrédito popular de Occidente y la democra-

cia. La meritocracia tradicional y la exigente formación han sido una constante histórica de las élites políticas chinas e incluso, exceptuando durante el maoísmo, se ha valorado mucho estudiar en el extranjero. Por eso, la población china no exige la elección de sus líderes políticos, aunque desea la separación de poderes y libertades individuales propias de un Estado de Derecho. Internamente, no hay un apoyo popular a las protestas de los hongkoneses, a quienes se considera privilegiados, ni a la discriminación positiva que hasta ahora se había aplicado a las minorías étnicas. Tibet y Xingjiang mantienen conflictos con minorías mucho más complejos de lo que airea la prensa internacional; el territorio fronterizo con Pakistán y Afganistán ha padecido varias décadas de terrorismo, y China ha reavivado la adopción de métodos represivos masivos de otras épocas, augurando así una solución al problema aún más lejana.

El posicionamiento como potencia económica mundial y la mejora del nivel de vida de la población ha llevado a China hacia una política internacional cuyos objetivos primarios son garantizar sus necesidades en materias primas y energéticas, así como la exportación de sus productos, y el empleo de mano de obra china en grandes infraestructuras en África, Asia Central y Latinoamérica. Desde 1979, China no se ha visto involucrada en un conflicto bélico y hoy trata de reafirmar su poderío económico mediante la promoción de su lengua y cultura. China es el país del mundo que mayor población ha sacado de la pobreza y en los años 20 del siglo XXI se encuentra a la vanguardia tecnológica, con un amplio desarrollo del comercio electrónico y enorme capacidad para un uso ambivalente de la digitalización. En el futuro cercano será preciso observar si los conflictos entre facciones internas del Partido se articulan alrededor de propuestas programáticas divergentes y si la burocracia, sometida actualmente a delaciones anónimas, sesiones de autocrítica y de estudio político, acepta o no la reciente personalización autoritaria del actual líder. *[A todo ello hay que añadir las secuelas de la Pandemia Covid 19, cuyo origen se sitúa en Wuhan. Véase el primer bloque de artículos de esta Enciclopedia].*

BIBLIOGRAFÍA

Fisac, T.; Tsang, S., eds.: *China en transición*. Barcelona: Bellaterra, 2000.

Spence, J. D.: *En busca de la China moderna*. Barcelona: Tusquets, 2011.

Tamames, R.; Debasa, F.: *China, tercer milenio. El dragón omnipotente*. Barcelona: Planeta, 2013.

VV. AA.: «China. La nación del siglo XXI», en *Revista de Occidente*, 414 (2015). Monográfico.

Taciana Fisac
Catedrática y Directora del Centro de Estudios de Asia Oriental
Universidad Autónoma de Madrid

VER TAMBIÉN: ÁFRICA / ASIA-PACÍFICO / COMUNISMO / DESCOLONIZACIÓN / ESTADO / ESTADOS UNIDOS / IBEROAMÉRICA / IMPERIO-IMPERIALISMO / ORGANIZACIONES INTERNACIONALES / RELACIONES INTERNACIONALES / REVOLUCIÓN / SISTEMA SOVIÉTICO / SOCIEDAD INTERNACIONAL / SUPERPOTENCIAS / TOTALITARISMO

CIBERTERRORISMO

En una aproximación elemental, el *ciberterrorismo* es una forma de ciberdelito consistente en la comisión de actos de terrorismo a través de tecnologías de la información y las comunicaciones o tecnologías digitales. Sin embargo, esta definición intuitiva tropieza inmediatamente con la dificultad de definir tanto el concepto *ciberdelito* como el concepto *terrorismo*, que tienen en común la ausencia de una acepción universalmente aceptada, tanto en el ámbito científico como en los instrumentos normativos internacionales y nacionales.

La delimitación del perímetro semántico del término ciberterrorismo está condicionada por la propia dificultad para definir el terrorismo como fenómeno criminal. Es precisamente en la definición de terrorismo donde constatamos que no existe, hasta la fecha, el necesario consenso sobre qué acciones criminales deban ser calificadas como tal. Esta pluralidad de opiniones aparece tanto en el mundo académico como en los acuerdos internacionales y resoluciones de numerosos organismos que abundan en la recomendación de actuaciones y en el diseño de estrategias para combatir y erradicar una conducta delictiva sobre la que, sin embargo, no se ha alcanzado una definición común. Es más fácil, paradójicamente, definir líneas de acción contra el terrorismo que definir el terrorismo en sí.

El Tribunal Especial para El Líbano, en 2011, constató la existencia de una norma consuetudinaria en la comunidad internacional, que se deduce de los tratados internacionales, resoluciones de Naciones Unidas, legislación y jurisprudencia de numerosos Estados en materia de terrorismo, conforme a la cual existe una *opinio iuris* compartida que identifica tres elementos en la definición del terrorismo internacional: la perpetración o amenaza de un acto criminal; la intención de provocar el miedo entre la población o coaccionar, directa o indirectamente, a una autoridad nacional o internacional para tomar alguna acción o abstenerse de tomarla, y la concurrencia de un elemento transnacional.

El *Institute for Economics and Peace*, en la séptima edición del Índice de Terrorismo Global (noviembre 2019) constata esta falta de acuerdo para definir el terrorismo al tiempo que propone considerar como tal la «*amenaza o utilización real de fuerza ilegal y violencia por parte de un actor no estatal para lograr un objetivo político, económico, religioso o social a través del miedo, coerción o intimidación*», poniendo énfasis en que el terrorismo no es solo una agresión física sino también el impacto psicológico que la misma provoca.

En la sociedad digital contemporánea, las tecnologías de la información y las comunicaciones son aprovechadas para facilitar la comisión de acciones terroristas, configurando una primera acepción de ciberterrorismo que se caracteriza por utilizar la tecnología como instrumento facilitador (*cyber-enabled terrorism*). Asimismo, una segunda acepción es aquella en la que las tecnologías de la información y las comunicaciones, en particular sistemas y redes que están al servicio de las infraestructuras críticas, son el objetivo de las acciones terroristas (*cyber-dependent terrorism*).

Jarvis, Macdonald y Nouri distinguen entre concepciones amplias y concepcio-

nes restrictivas de ciberterrorismo (lo que denominan «*pure cyberterrorism*»), que serían aquellas que consideran como tal los ciberdelitos cometidos con objetivos políticos para provocar miedo, intimidar o coaccionar a un gobierno o población y causar o amenazar con causar daño. Entre las restrictivas, las más estrictas son aquellas que limitan la calificación de ciberterrorismo a los ciberdelitos cometidos con la finalidad de causar daño a infraestructuras críticas.

Sin perder de vista esta dificultad de partida para definir el ciberterrorismo, podemos afirmar que el concepto se delimita a través de tres dimensiones: subjetiva, objetiva y finalista.

La dimensión subjetiva permite individualizar el ciberterrorismo dentro del universo más amplio de los ciberdelitos e, incluso, más amplio todavía, de las ciberamenazas y usos ilícitos del ciberespacio, que es la denominación que utiliza, por ejemplo, la Estrategia de Seguridad Nacional, aprobada mediante R. D. 1008/2017, de 1 de diciembre. Desde la perspectiva subjetiva, las acciones ciberterroristas se planifican y ejecutan por actores no estatales, lo cual en el ciberespacio incluye desde grupos terroristas internacionales hasta individuos aislados, también llamados actores solitarios, sin adscripción formal a ninguna célula u organización internacional, más allá del vínculo de adhesión o lealtad personal.

El amplio campo de acción que el mundo virtual permite a los actores no estatales suscita, sin duda, imprescindibles reflexiones sobre la subjetividad en el escenario de la sociedad global y digital, hasta el punto de poner en cuestión los paradigmas heredados de la Paz de Westfalia, pues el protagonista del mundo contemporáneo ya no es exclusivamente el Estado Nación. La hegemonía de la forma política por antonomasia se ve disputada por una serie de sujetos sin forma estatal que actúan con eficacia en el ciberespacio.

La precisión es importante, pues permite deslindar el campo del ciberterrorismo de otros usos ilícitos del espacio virtual, especialmente los actos que pueden calificarse de ciberguerra (*cyberwarfare*) y que son aquellos actos dirigidos a comprometer el funcionamiento de infraestructuras críticas que alcanzan la magnitud de un ataque armado, con la particularidad de que son ejecutados necesariamente por actores estatales (gobiernos u organismos del Estado) o por individuos u organizaciones dirigidas o patrocinadas por Estados (*state-directed* o *state-sponsored*).

Esta distinción aparece con claridad en los informes de valoración de amenazas globales que presenta la Comunidad de Inteligencia de Estados Unidos a la Comisión de Inteligencia del Senado, en los que se identifican las amenazas del ciberespacio atribuibles a actores no estatales o no identificados (*Nonstate and Unattributed Actors*).

Asimismo, el elemento subjetivo plantea uno de los retos de la lucha contra el terrorismo en el mundo global y digital, como es la insuficiencia de la tipificación tradicional de los delitos de terrorismo como aquellos cometidos por organizaciones terroristas, de tal suerte que las conductas punibles se concretaban en la pertenencia o en la colaboración con tales organizaciones, definidas como «bandas armadas». La aparición de individuos terroristas, los llamados actores solitarios, ha exigido un nuevo planteamiento en la definición penal. Así lo reconoce la Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, relativa a la lucha contra el terroris-

mo y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo y se modifica la Decisión 2005/671/JAI del Consejo, cuando afirma su propósito de aproximar las legislaciones de los Estados miembros de modo que abarquen «de forma más exhaustiva las conductas asociadas, en particular, a los combatientes terroristas extranjeros y a la financiación del terrorismo» y que incluya los actos de terrorismo que «se cometen a través de internet, incluidas las redes sociales».

En cuanto a la dimensión objetiva, la Estrategia Global de las Naciones Unidas contra el Terrorismo, aprobada por la Asamblea General en su Resolución 60/288, recoge la decisión de «*coordinar los esfuerzos en los planos internacional y regional para combatir el terrorismo en todas sus formas y manifestaciones en internet*». En coherencia con este amplio mandato, se consideran actos de ciberterrorismo las acciones que aprovechan las tecnologías de la información y las comunicaciones para facilitar o encubrir los ataques terroristas y las acciones terroristas cuyo objetivo son las propias redes y sistemas digitales, especialmente cuando están al servicio de infraestructuras críticas. Con arreglo a este enfoque, se califican como ciberterrorismo las acciones de propaganda (incluidos el reclutamiento, la radicalización y la incitación al terrorismo), financiación, adiestramiento, planificación (tanto por medio de comunicaciones secretas, como mediante la información de dominio público) de acciones terroristas, así como la ejecución de ataques cibernéticos con fines terroristas.

En cuanto a la dimensión finalista, la definición de terrorismo y, por extensión, de ciberterrorismo incorpora un elemento teleológico con la virtualidad de deslindar ambos conceptos con respecto al crimen organizado y a otras ciberamenazas. Así, no será el número de víctimas ni los daños generados ni los medios empleados lo que identifique al ciberterrorismo, sino los fines perseguidos. En tal sentido, el art. 3.2 de la Directiva de la Unión Europea (2017) identifica como tales fines: intimidar gravemente a una población; obligar indebidamente a los poderes públicos o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo; desestabilizar gravemente o destruir las estructuras políticas, constitucionales, económicas o sociales fundamentales de un país o de una organización internacional.

En definitiva, el ciberterrorismo se define por la coincidencia de tres elementos como son: el subjetivo, que restringe el concepto a aquellas acciones criminales realizadas en el ciberespacio por actores no estatales; el objetivo, que comprende tanto las acciones que se sirven de las tecnologías de la información y las comunicaciones con fines terroristas como aquellas en las que las propias tecnologías digitales son el objetivo del ataque terrorista y, finalmente, el teleológico, en cuya virtud el ciberterrorismo persigue una concreta finalidad que sintéticamente podemos definir, como lo hacen numerosas resoluciones y documentos de Naciones Unidas, como «*provocar un estado de terror en la población*».

BIBLIOGRAFÍA

Berger, J. M.: «How ISIS Games Twitter», en *The Atlantic*, 16 June 2014.
Gómez de Ágreda, Á.: *Mundo Orwell*. Barcelona: Ariel, 2019.
Jarvis, L.; Macdonald, S.; Nouri, L.: «The Cyberterrorism Threat: Findings from a Survey of Researchers», en *Studies in Conflict and Terrorism*, 37 (2014).

LESACA, J.: *Armas de seducción masiva*. Barcelona: Península, 2017.
MARAS, M.-H.: *Cybercriminology*. Oxford: Oxford University Press, 2016.

Francisco MARTÍNEZ VÁZQUEZ
Letrado de las Cortes Generales
Profesor de Derecho Constitucional ICADE

VER TAMBIÉN: BIG DATA / DERECHO PENAL / GLOBALIZACIÓN / NACIONES UNIDAS / POLÍTICA EXTERIOR Y DE SEGURIDAD DE LA UE / RELACIONES INTERNACIONALES

CIENCIA

Muchos son los vocablos que en las diversas lenguas designan las formas y modos del conocimiento humano. Entre todos ellos, «ciencia» denota el de mayor prestigio y confiabilidad. El marchamo de «científica» da el espaldarazo definitivo a una disciplina, una teoría o una afirmación. Para ser *científico,* un conocimiento debe en primer lugar estar avalado por algún elemento de autoridad que garantice su corrección, su *verdad.* En segundo término, no puede estar sometido al vaivén de los caprichos y las modas; tiene que determinar de una vez por todas lo que conviene decir al respecto. En tercer lugar, no se trata en modo alguno de un saber recóndito e intransferible. El camino hacia él puede ser difícil, pero, una vez descubierta la ruta de acceso, puede ser mostrada y recorrida cien y mil veces. Por eso la ciencia tiene una dimensión intersubjetiva y está indisolublemente unida a la enseñanza y a las instituciones que la imparten. Hay en ella maestros y discípulos, métodos para elaborarla y también procedimientos para popularizarla.

Se suele distinguir con respecto a la ciencia el *contexto del descubrimiento,* que tiene que ver con su adquisición, y el *contexto de la justificación*, que alude más bien a todo lo que permite asentarla, comunicarla y convertirla en cimiento de otros saberes y de sus aplicaciones. En definitiva, la ciencia conjuga de un modo muy peculiar lo individual y lo colectivo, así como lo teórico y lo práctico. Tal es el motivo de que aparezca caracterizada globalmente en el presente volumen de la Enciclopedia, mientras que será objeto de un tratamiento más analítico en el consagrado a la Filosofía.

Es habitual atribuir a la cultura griega la paternidad de la noción de ciencia y su primer desarrollo temático, aunque por supuesto cabe encontrar –o al menos rastrear– en muchos otros ámbitos equivalencias o aproximaciones. Para fundamentar los conocimientos que socialmente resultaban valiosos solía apelarse antiguamente a la autoridad de una revelación o tradición sagrada. Los filósofos griegos secularizaron el expediente y estudiaron fórmulas de legitimación al alcance de cualquier ser humano. Para ello reforzaron la dimensión *sistemática,* que hasta entonces no solía tenerse tan en cuenta. En efecto: dentro de la ciencia las partes del conocer se hacen solidarias; este deja de constituir un mero acopio de verdades aisladas para transformarse en un conjunto de elementos enlazados por un *hilo conductor*, que puede ser *genético* o más bien *lógico.* Fue en este último aspecto donde la filosofía ática alcanzó particular eficacia. Sócrates enseñaba a sus amigos que afirmar algo compromete a asumir todas sus consecuencias: así como el progenitor se hace responsable de la tutela de los hijos, el investigador tiene que ser coherente con las tesis que enuncia. Fue Aristóteles quien convirtió en arte sistemático esta dimensión trasversal del conocer, convirtiendo la *lógica* en la primera ciencia propiamente dicha de la historia de la humanidad. Ciencia muy peculiar, sin embargo, hasta el punto de que el estagirita no la incluyó en su clasificación de las partes de la filosofía, otorgándole más bien el estatuto de saber propedéutico.

Muchos siglos más tarde Immanuel Kant pretendió que Aristóteles no solo había hecho de la lógica la primera

ciencia, sino que también la había llevado a su término, de manera que desde entonces no había conseguido avanzar un paso más. Tesis desde luego discutible, pero que sirve para introducir la distinción entre *ciencias cerradas y abiertas.* Serían cerradas aquellas cuyo contorno es finito y se puede agotar. La lógica lo sería porque en ella el sujeto del conocimiento solo tiene que bregar con la forma del conocimiento, haciendo abstracción de sus contenidos. Así se presenta una segunda dicotomía: la que separa las ciencias *formales* de las *sustantivas.* Otro aspecto más del formidable impulso que Aristóteles otorgó a la reflexión epistemológica consiste en que tematiza los *principios de las ciencias,* esto es, las fuentes que alimentan el desarrollo temático de una disciplina y sostienen la firmeza de sus resultados. En el caso de la lógica, serían los de identidad, contradicción y tercio excluso.

Siguiendo todavía con la valoración kantiana –problemática, pero sugerente–, Aristóteles habría iniciado el proceso histórico de inserción de las disciplinas *en el recto camino de la ciencia.* La *matemática* sería la segunda en haberlo logrado. Lo consiguió además de un modo particularmente eminente, hasta el punto de convertirse para lo sucesivo en paradigma y modelo de cientificidad. Todos han envidiado el *consenso unánime* de los geómetras a la hora de resolver los principales problemas que abordan. Es un caso que solo más limitada y tardíamente se produjo en otras provincias del conocimiento. Mientras la filosofía naufragaba en conflictos teóricos insolubles, los matemáticos llegaban con relativa facilidad a acuerdos definitivos, lo que les permitió iniciar una senda de progreso irreversible, que pronto se convirtió en un rasgo distintivo más de lo científico frente a lo que no lo es.

Íntimamente ligada con la existencia de acuerdos teóricos estables, aparece la *axiomatización* de la ciencia. Consiste en la introducción de principios indudables y el establecimiento de vínculos deductivos (demostraciones) entre aquellos (convertidos en *postulados* o *axiomas*) y el resto de las proposiciones teóricas (que se transforman en *teoremas* o *corolarios*). Euclides logró axiomatizar en el siglo III a. C. la geometría y estableció así un precedente que luego muchos trataron de emular.

La axiomatización constituye el supremo ejemplo de validación de un saber, porque acredita sin sombra de sospecha sus principios y reduce sus conexiones internas a transparentes relaciones lógicas. Muy raramente se han logrado axiomatizaciones fuera del marco teórico de la matemática. Por consiguiente, la *matematización* ha sido la táctica más frecuentemente usada por cualquier disciplina con aspiraciones a ser considerada como una ciencia. De ahí surgió con el tiempo la distinción entre *ciencias duras* (matematizables) y *blandas* (no susceptibles de serlo o, si acaso, de modo parcial y/o superficial).

El protagonismo adquirido por la matemática suscitó la pregunta de si se trata de una ciencia meramente formal como la lógica, o si, por el contrario, posee contenidos sustantivos. No cabe duda de que se trata de una ciencia abierta, pero hay dudas sobre si, al desarrollarla, el espíritu humano tan solo ha de bregar consigo mismo, o se ve obligado a salir de sí para explorar un horizonte de objetos que le trascienden. Platón es el más notorio sostenedor de esta última alternativa, pero los logicistas y formalistas modernos (como entre otros muchos Russell y Hilbert) lo cuestionan.

En general, los *empiristas* niegan que tanto la lógica como la matemática se refieran al *mundo real*, puesto que su validez alcanza a cualquier *mundo posible*. En ese sentido, ambas ciencias abarcan todo lo que no sea en sí mismo contradictorio. Si deseamos obtener ciencias específicamente orientadas al universo que habitamos, tendríamos que validar sus principios apelando a la *experiencia*. Tal circunstancia plantea un peliagudo problema, porque supone recurrir a la *inducción empírica,* la cual casi siempre es incompleta y jamás ofrece conclusiones seguras. Por tanto, frente a las ciencias estrictamente formales o racionales (lógica y matemática) estarían las *ciencias empíricas,* que a su vez se dividirían en *naturales* y *humanas*. Es discutible que ninguna de ellas merezca el calificativo de *ciencia estricta* al que los antiguos aspiraban cuando distinguían entre los saberes necesarios y los opinables. Los modernos tampoco quisieron renunciar a dicha pretensión, y la formularon aún con mayor exigencia desde Descartes, pasando por Kant y desembocando en Husserl. A tal fin postularon la existencia de ideas innatas, intuiciones intelectuales, síntesis *a priori* u otros medios de validación no empíricos que en definitiva siempre han resultado inciertos. Como consecuencia, las disciplinas filosóficas –que pocas veces renunciaron al estatuto de *ciencias estrictas*– han acabado por no ser siquiera reconocidas como *ciencias* en sentido lato. En cambio, las *ciencias positivas,* gracias a no haber pretendido mayor crédito que el que les confiere el recurso cuidadoso a la experiencia, han acabado monopolizando el título de conocimiento fundado, metódico y –en definitiva– científico.

La contraposición entre ciencia y filosofía plantea una interesante discusión sobre las relaciones entre los conceptos de *verdad* (o sea, la adecuación entre la realidad del mundo y las representaciones de nuestra mente), *evidencia* (esto, es, la claridad y transparencia *objetiva* de tales representaciones) y *certeza* (o sea, la firmeza de la confianza *subjetiva* que generan). Lo ideal, por supuesto, es que la verdad de la realidad se traduzca en objetivaciones evidentes y estas generen certezas indudables en los sujetos cognoscentes. Pero tales casos son la excepción y no la regla, a pesar de lo que reivindica la *epistemología del rigor.* La única fórmula practicable es una *epistemología del riesgo,* que se niega a sacrificar la pretensión de alcanzar la verdad (bien es cierto que de un modo tentativo y revisable) aunque ello suponga rebajar los estándares de las evidencias y certezas que se consideran admisibles. A partir de Karl Popper, los filósofos de la ciencia más razonables han ido inclinándose por esta estrategia.

BIBLIOGRAFÍA

Arana, J.: *El caos del conocimiento. Del árbol de las ciencias a la maraña del saber*. Pamplona: Eunsa, 2004.

— *El proceso histórico de separación entre ciencia y filosofía*. Madrid: Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 2015.

Bunge, M.: *La ciencia: su método y su filosofía*. Pamplona: Laetoli, 2013.

Meier-Oeser, S.; Hühn, H.; Pulte, H.: «Wissenschaft», en: *Historisches Wörterbuch der Philosophie online*. 10.24894/HWPh.5633.

Muñoz, J.; Velarde, J., eds.: *Compendio de epistemología*. Madrid: Trotta, 2000.

Popper, K.: *La lógica de la investigación científica*. Madrid: Tecnos, 2008.
Störig, H. J.: *Historia universal de la ciencia*. Madrid: Tecnos, 2016.

Juan Arana Cañedo-Argüelles
Académico de Número y Bibliotecario
de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas
Catedrático de Filosofía
Universidad de Sevilla

VER TAMBIÉN: Los conceptos relacionados con la voz «Ciencia» se desarrollan en el tomo de esta Enciclopedia correspondiente a la Filosofía.

CIENCIA POLÍTICA

En el amplio campo de las Ciencias sociales y del comportamiento nos encontramos con disciplinas científicas que han consolidado su identidad académica en torno a un término o etiqueta comprehensiva y diferenciadora (Sociología, Economía, Derecho, Historia, Psicología, etc.) a pesar de su creciente diferenciación y especialización interna. No ha sucedido lo mismo con la Política, que, por un lado, se confundía con las realidades cotidianas de la organización institucional del Estado y las relaciones de poder de los sistemas políticos y, por otro, tenía que diferenciarse y dialogar con las implicaciones políticas de la Economía Política, el Derecho Político, la Historia Política y, no digamos, la Filosofía Política, por citar las más importantes. De este modo, podríamos hablar de Ciencias de la Política o Ciencias Políticas en cuanto parcelas/perspectivas de la política abordadas por distintas disciplinas científicas. Igualmente, en este proceso de autonomía disciplinar y académica se podría haber abierto paso el término Politología. Pero, aunque va tomando entidad alternativa, no ha sido así. La aproximación científica politológica ha tenido que construir su identidad como disciplina autónoma, sustantivando, más que adjetivando, la política con el concepto de ciencia, algo que las demás disciplinas vecinas no han tenido necesidad de hacer. En Estados Unidos y su área de influencia el término *Political Science* se impuso rápidamente. En el Reino Unido, al principio, prefirieron el de *Political Studies*. En Francia optaron por otro plural como *Sciences Politiques*. En España transitamos desde el Derecho Político y la Teoría del Estado hacia el plural, primero, y el singular, finalmente, aunque no sin cierta ambigüedad. En todo caso, la hegemonía politológica norteamericana acabó por imponer el término común.

Aunque la reflexión intelectual sobre la política es tan vieja como la actividad filosófica de las distintas culturas (sean orientales, grecolatinas, hebreas, islámicas o la escolástica medieval) desde, al menos, un milenio a. C., no es hasta el Renacimiento cuando, de la mano de Maquiavelo (*El Príncipe*, 1513), la visión de la política adquiere rasgos de la inminente modernidad. Sin embargo, el despegue académico tendrá que esperar cuatro siglos más, como fruto del despliegue del racionalismo ilustrado y la institucionalización de las Revoluciones liberales. La maduración de la Ciencia Política, por tanto, irá muy acompasada con la construcción de los Estados-nación y su democratización competitiva (Hobbes, Locke, Montesquieu o Tocqueville) y, del mismo modo, sus preocupaciones temáticas (por ejemplo, el Estado y sus instituciones en los países de la Europa continental o el pluralismo de grupos e intereses en la tradición anglosajona) y orientaciones epistemológicas van a estar muy condicionadas por los particularismos culturales y los avatares de los respectivos procesos democratizadores. Así es como de la mano del positivismo, el institucionalismo, el historicismo, el behaviorismo y el funcionalismo de la teoría de los sistemas, la Ciencia Política se constituirá formalmente como disciplina autónoma en torno a la segunda mitad del XIX con su entrada en la Columbia University y su expansión por las principales universidades norteamericanas y canadienses hasta la constitución en 1903 de la American Political Science Association, ejerciendo un liderazgo y una hegemonía evidentes en el desarrollo de

la disciplina de carácter positivista. En el periodo de entreguerras europeo las circunstancias eran otras y a los avatares políticos de cada país se unen las distintas tradiciones filosóficas normativas y el influjo de disciplinas concurrentes. En Francia es la Ècole Libre des Sciences Politiques (con E. Boutmy a la cabeza) la cuna de la Ciencia Política francesa desde 1872 y hasta que en 1945 se transforma en el Institut d'Etudes Politiques y en la Fondation Nationale de Sciences Politiques, creándose la Asociation Française de Science Politique en 1949, con M. Duverger como gran referente.

Ese mismo año las asociaciones de Estados Unidos, Canadá, India y Francia crean la International Political Science Association (IPSA) en el seno de la UNESCO, bajo cuya iniciativa se produce la institucionalización formal del objeto científico de la nueva disciplina académica: el estudio de la Teoría Política, instituciones, partidos, grupos de presión, opinión pública y relaciones internacionales. Un año después se crea en el Reino Unido la Political Studies Association con un centenar de académicos, con orígenes en el Nuffield College de Oxford, la London School of Economics y la Universidad de Manchester, siguiendo la temprana senda iniciada por E. Burke. A final del XIX, G. Mosca en Italia y C. Schmitt y M. Weber en Alemania dan inicio a la Politología contemporánea en estos países. Sin embargo, es tras 1945 cuando la Ciencia Política europea se institucionaliza de la mano de los intercambios y la hegemonía académica norteamericana (allí desarrollaron sus carreras europeos de referencia como L. Strauss, H. Arendt, G. Sartori o J. Linz, entre otros). En España tendremos que esperar al final del franquismo y a la Transición democrática para institucionalizar la Ciencia Política (Jerez, 1999).

La Politología norteamericana no había perdido el tiempo y para la segunda mitad del siglo XX, cuando la europea intentaba levantar su vuelo, estaba en pleno auge funcionalista y behaviorista (Marsh y Stoker, 2010). La preocupación por la estabilidad sistémica, el asentamiento de las democracias y, sobre todo, la explicación empírica del comportamiento político impusieron una dinámica disciplinar basada en una fuerte formalización conceptual y una exigente sofisticación metodológica, sin rehuir el intercambio y la colaboración interdisciplinar con las otras Ciencias sociales y del comportamiento. De este modo y en medio de un gran pluralismo de enfoques conceptuales (Almond, 1988), no exento de confrontación competitiva (muchas veces con un fuerte componente ideológico), el institucionalismo inicial (Duverger, Apter, Eckstein, Laski), unido al historicismo y a la tradición normativa de las corrientes filosóficas dominantes en Europa (liberales o marxistas), dio paso muy pronto a la asunción del paradigma funcionalista dominante en otras Ciencias sociales (Parsons y Merton) y a la consecuente reacción empirista frente al formalismo especulativo. La preocupación por el Estado y el poder, centrales en la tradición europea, va a desplazarse a la nueva concepción norteamericana del sistema político (Easton y Deutsch) y, más tarde, al empirismo behaviorista de la explicación de la conducta de los actores (Laswell, Key, Merriam, Lazarsfeld o Almond, entre otros), unos y otros (funcionalistas y conductistas) herederos del organicismo y el positivismo europeos de Spencer y Durkheim. La interdisciplinariedad, por un lado, y la fatiga antiempirista, por otro, dieron lugar al florecimiento de los estudios cualitativos de tradición weberiana, accionalista e interpretativa a ambos lados del Atlántico de la mano del historicismo, la fenomenología, la etnometodología, la hermenéutica o el interaccionismo simbó-

lico y con paradigmas conceptuales centrados en el poder (Foucault), la comunicación (Habermas), la cultura (Bourdieu) o la acción social (Touraine). Al mismo tiempo, en esta reacción y a partir de los años 70/80 se inscriben enfoques como el constructivismo, la teoría interpretativa, el neoinstitucionalismo (Peters), la teoría organizacional (March y Olsen), enfoques racionalistas y formalistas, como el *rational choice* (Downs, Riker, Buchanan, Bates u Ostrom) o su derivada teoría de juegos y, más recientemente, las visiones feministas. El resultado es un rico pluralismo de enfoques que compiten y se complementan, sin que exista un paradigma dominante.

El tejer y destejer de este pluralismo de casi dos siglos, como es obvio, ha ido al compás del despliegue temático del objeto de las preocupaciones académicas, condicionadas por la emergencia de nuevas realidades y objetos políticos. En 1975 F. I. Greenstein y N. Polsby lideran una ingente labor de sistematización de la disciplina, que tendrá su revisión dos décadas después con R. E. Goodin y H.-D. Kliengemann (1996) y, más recientemente y en el seno de la IPSA, una nueva actualización encabezada por B. Badie, D. Berg-Schlosser y L. Morlino (2011). La simple comparación de estas tres obras nos da idea del triple proceso de especialización, fragmentación e hibridación interdisciplinar que ha protagonizado la Ciencia Política en el último medio siglo. Así, a las reflexiones originarias sobre dimensiones de la política, poder, el Estado y sus poderes, autoridad, legitimidad, nación, representación, pluralismo, democracia, sistemas políticos, partidos, ideologías, élites, organización institucional, la guerra o las relaciones internacionales, se añaden otros temas como: comportamiento político y electoral, cultura y socialización política, comunicación política y opinión pública, participación política, nuevos actores sociales (grupos de interés y movimientos sociales), terrorismo y violencia política, gobernanza multinivel, administración y gestión pública, relaciones intergubernamentales, federalismo y descentralización, gobierno local, políticas públicas, política comparada, procesos de democratización y calidad de las democracias, estudios de área, etnicidad y nuevas identidades colectivas, o el papel de la mujer. También el impacto de procesos como: globalización, nuevas tecnologías de la información y el conocimiento, geoestrategia, integración supranacional, cambio climático…, así como la siempre presente discusión conceptual y metodológica sobre el quehacer científico de la Politología o las interferencias fronterizas y subdisciplinares con otras ciencias. Un simple vistazo a la relación del medio centenar de comités científicos estables de la IPSA o a la evolución de los programas y agendas de sus congresos mundiales da idea del riquísimo despliegue temático que ha alcanzado la Ciencia Política, manteniendo siempre la tensión entre lo normativo y lo empírico.

BIBLIOGRAFÍA

Almond, G. A.: «Separate Tables: Schools and Sects in Political Science». *Political Science and Politics*, 21: 4 (1988).

Badie, B.; Berg-Schlosser, D.; Morlino, L., eds.: *International Encyclopedia of Political Science*. London: Sage, 2011, 8 vol.

Goodin, R. E.; Klingemann, H.-D., eds.: *A New Handbook of Political Science*. Oxford: Oxford University Press, 1996.

Greenstein, F. I.; Polsby, N., eds.: *Handbook of Political Science*. Reading: Addison-Wesley, 1975, 8 vol.
Jerez, M.: *Ciencia Política, un balance de fin de siglo*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999.
Marsh, D.; Stoker, G. eds.: *Theory and Methods in Political Science*. London: Palgrave, 2010.

Francisco J. Llera Ramo
Catedrático Emérito de Ciencia Política
Universidad del País Vasco

VER TAMBIÉN: BUEN GOBIERNO / BUROCRACIA / CALIDAD DEMOCRÁTICA / COMUNICACIÓN POLÍTICA / CULTURA POLÍTICA / DEMOCRACIA / ELECCIONES / ÉLITES POLÍTICAS / ESTADO / FILOSOFÍA POLÍTICA / GOBERNANZA / GRUPOS DE INTERÉS / IDEOLOGÍAS / LIDERAZGO POLÍTICO / OPINIÓN PÚBLICA / PARTIDOS POLÍTICOS / PODER POLÍTICO / POLIARQUÍA / POLÍTICAS PÚBLICAS / RELACIONES INTERNACIONALES / SISTEMAS POLÍTICOS / TEORÍA POLÍTICA NORMATIVA

CIENCIA DE LA ADMINISTRACIÓN

La consideración de la Ciencia de la Administración como saber diferenciado ha presentado dudas desde su aparición, como ha sucedido con otras Ciencias sociales. Como estas, busca y aplica el conocimiento para comprender el mundo social siguiendo una metodología sistemática, transparente e interdisciplinar basada en evidencias y contrastando las ideas con la realidad. Su objeto es el estudio de la Administración Pública en cuanto a sujeto que concreta el Estado, es titular del poder y ejerce dominación sobre la sociedad, de sus organizaciones, de sus grupos humanos, de las relaciones que mantiene con el resto del sistema político y con la sociedad, así como la formidable actividad que realiza para que se cumplan los expansivos fines del Estado.

Más allá de buscar los orígenes de la Ciencia de la Administración en la ciencia de la policía o las ciencias camerales, desde el siglo XIX se viene distinguiendo formalmente entre Gobierno y Administración en la literatura europea y española. Los autores españoles de esa época (De Burgos, Madrazo, Oliván, Posada Herrera, Sainz de Andino, Silvela) mantenían que la Administración hace eficaz el impulso del Gobierno, de modo que *administrando se gobierna*; satisface las necesidades de la sociedad y hace confluir en un punto de conveniencia común los diversos intereses sociales; protege los derechos de los individuos por medio de las autoridades y los funcionarios. Así, el Gobierno y la alta Administración se tocan y confunden a la vista.

La rápida expansión del Derecho Administrativo en el Estado liberal relegó los estudios de Ciencia de la Administración en Europa, que se reavivan con el Estado social y el incremento desbordante de los servicios púbicos tras la Segunda Guerra Mundial, que requiere explicar cómo se administra correctamente. Desde principios del siglo XX se consolida el enfoque burocrático de Weber centrado en los aspectos institucionales y formales de la actividad de la Administración, personificación de la legitimidad basada en la autoridad legal-racional, para el ejercicio del poder del Estado con el fin de lograr la dominación de la sociedad. A esta perspectiva siguen otras varias y la interdisciplinar y sistémica de Chevalier y Loschack que permite asentar definitivamente la disciplina.

En Estados Unidos, la Ciencia de la Administración (*Public Administration*) entronca inicialmente con los estudios de gestión privada y con la Ciencia Política. A comienzos del siglo XX, a partir de la teoría general de la organización de Taylor, de los enfoques de eficacia y del cientifismo, de la recepción americana del modelo burocrático y de la incorporación de otras disciplinas, la orientación americana se consolida y adquiere una notable dimensión e influencia tras la Segunda Guerra Mundial fuera de su país de origen, que se potencia con el enfoque *decisional* y del comportamiento de Simon y posteriormente con el enfoque de sistemas, el de contingencias y el de políticas públicas. A partir de los años noventa del pasado siglo, se produce un punto de inflexión que asienta definitivamente la Ciencia de la Administración, primero con Osborne y Gaebler y el *New Public Management* y más recientemente con el *New Public Service*, con el resurgir del enfoque del comportamiento y con la progresiva incorporación de los

análisis cuantitativos en la investigación sobre la gestión pública.

En España, las profundas reformas emprendidas en los años cincuenta del pasado siglo incorporan algunas tendencias de la gestión pública norteamericana que se sitúan en lo que será el futuro Instituto Nacional de Administración Pública. A partir de aquí, la Ciencia de la Administración española aparece como disciplina desgajada del Derecho Administrativo de la mano de Mariano Baena del Alcázar en la Facultad de Ciencias Políticas y Sociología de la Universidad Complutense en los años setenta, en la licenciatura homónima. Diez años después se crea el área de conocimiento de Ciencia Política y de la Administración en la universidad española, que se expandirá tanto en los estudios de Ciencia Política y de la Administración como en los de gestión pública [véanse también las publicaciones del INAP, en especial las revistas *Documentación Administrativa* y *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*].

El núcleo de estudio de la Ciencia de la Administración está compuesto por cómo el poder ejerce la dominación en la sociedad a través de una institución específica, fragmentada y extendida, la Administración Pública, y sus integrantes, políticos y burócratas, que adoptan decisiones y gestionan cuantiosos medios para lograr los fines atribuidos al Estado; además, potencia y vertebra las capacidades humanas para que el poder pueda servirse de ellas. Para ello debe intervenir en la sociedad y entablar múltiples y diversas relaciones con actores de todo tipo de los que se diferencia por su propósito o finalidad; esa institución actúa en interdependencia con el poder político, especialmente en la alta Administración, en el que se integra parcialmente y al que se subordina; y presenta una naturaleza contingente atendiendo a factores históricos, económicos y sociales.

En los principales países europeos se acepta la consolidación y la autonomía de la Ciencia de la Administración dentro de la Ciencia Política debido al estudio específico y propio que realiza de la Administración Pública y de la finalidad que cumple para el Estado y el sistema político. En el caso de Estados Unidos, la Ciencia de la Administración presenta una posición fuerte e independiente, aunque en creciente interacción con diversas disciplinas conexas.

La construcción de la naturaleza de la Administración Pública desde la Ciencia de la Administración trata de responder, entre otras, a las siguientes preguntas, entre las que destacan: cómo atiende a las necesidades y demandas sociales; cómo contribuye a la conformación de la sociedad; qué se persigue con la gestión pública; cómo contribuye a la legitimidad del Estado y a mejorar la confianza política y con ello al fortalecimiento democrático; cómo se articula con el poder político y se integra en la decisión política; cómo ejecuta la decisión política; cómo se relacionan sus grupos humanos y quiénes son; cómo se relaciona con el ciudadano y la sociedad; cómo se organiza; cómo se logra la capacidad de gestión. Las respuestas requieren una aproximación metodológica interdisciplinar, por lo que con frecuencia se sirve de ciencias afines como la Ciencia Política, el Derecho Administrativo, la Sociología, la Economía o la Psicología.

En las últimas décadas, la Ciencia de la Administración ha realizado grandes avances en el enriquecimiento de su objeto en numerosas áreas mediante investigaciones que buscan las relaciones de causa-efecto y aplican el rigor metodológico para comprobarlas. Así, por ejemplo,

los progresos alcanzan al papel que juegan los valores en la provisión de bienes y servicios, el comportamiento humano y la influencia del entorno sociocultural. Además, ha establecido conceptos abstractos que permiten la generalización de principios de administración en distintos sistemas administrativos.

Las principales tendencias de la Ciencia de la Administración se orientan a extender el análisis cuantitativo estudiando la importancia de los valores públicos más allá de la eficiencia, en el liderazgo, la participación pública y su influencia en las preferencias y comportamientos individuales y colectivos, así como en los procesos de evaluación; el comportamiento de los empleados públicos debido a la influencia del contexto, la cultura, la motivación del servicio público y la personalidad. A estas tendencias hay que añadir la orientación a fortalecer la confianza y la legitimidad ciudadana a través de la actuación y el comportamiento político-administrativo. *[El futuro inmediato plantea el estudio de las relaciones entre Administración y ciudadanos con fórmulas de teletrabajo, potenciadas por la Pandemia de la Covid 19].*

BIBLIOGRAFÍA

Baena, M.: *Curso de Ciencia de la Administración*. Madrid: Tecnos, 1985. [4.ª ed. de 2000].

Chevalier, J.; Loschack, D.: *Science administrative*. Paris: LGDJ, 1978.

Osborne, D.; Gaebler, T.: *Reinventing Government: How the Entrepreneurial Spirit is Transforming the Public Sector*. Reading: Addison-Wesley, 1992.

Simon, H. A.: *Administrative Behavior: A Study of Decision-making Processes in Administrative Organization*. New York: The Macmillan Company, 1947.

Weber, M.: *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der Verstehender Soziologie*. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1922 [en español, *Economía y sociedad*. México: Fondo de Cultura Económica, 2014. 3.ª ed.].

Manuel Arenilla Sáez
Catedrático de Ciencia de la Administración
Universidad Rey Juan Carlos
Ex Director del Instituto Nacional de Administración Pública

VER TAMBIÉN: ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA / ADMINISTRACIONES PÚBLICAS / BUEN GOBIERNO / BUENA ADMINISTRACIÓN / BUROCRACIA / CIENCIA POLÍTICA / GOBERNANZA / GOBIERNO ABIERTO / ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA / POLÍTICAS PÚBLICAS / SERVICIO PUBLICO

CINE Y POLÍTICA

El cine y la política coinciden en la historia de la humanidad con la incorporación de las masas como actor colectivo de primer orden. Mientras que el cine es el primer espectáculo de masas, la política, como ámbito de acogida de las clases medias e, inmediatamente, de las populares, tiene a estas como sujeto primordial de su acción. La llegada del siglo xx aúna, por tanto, a ambos en una simbiosis que ha permanecido desde entonces con pocas alteraciones.

El cine da cabida, al menos, a funciones y características que tienen su correcto correlato en el accionar de la política. Dos de sus funciones han permanecido constantes, aunque en su seno han ido sufriendo cambios profundos con el paso del tiempo: el cine es entretenimiento, o si se prefiere espectáculo, y, a la vez, es un arte con un componente técnico muy específico. Ello significa que ha atraído progresivamente a enormes cantidades de público y que gran parte de esta audiencia ha «ido al cine» para solazarse, continuando una tradición que arranca en las distintas expresiones teatrales presentes en el devenir de la humanidad desde tiempos remotos. Sin embargo, esa asistencia no ha dejado de incorporar procesos de aprendizaje, de socialización y de interpretación individual de lo que se está visualizando en conformidad con la manera de ver el mundo de cada espectador.

Pero también conlleva una estética específica y un lenguaje propio, que tienen un carácter muy novedoso, y que vienen enmarcados por la producción, el guion, los diferentes tipos de planos, la iluminación, el sonido y el montaje. Estos aspectos traen consigo una combinación interesante de cuestiones técnicas, en mayor o menor medida sofisticadas, con otras de tipo artesanal. Es un arte coral donde, si bien el ojo del cineasta-director aporta su creatividad, su capacidad de síntesis, en definitiva, su subjetividad, no deja de estar secundada por un amplio equipo humano que aborda otras facetas.

Dentro de las características que tiene el cine conviene subrayar tres: el cine es industria, es una actividad que requiere ordinariamente flujos financieros importantes, y se mueve en una lógica de oferta y demanda que genera una tensión permanente entre lo que se ofrece y quien lo ofrece y lo que se demanda y quien lo demanda. Sendas características han ido cambiando en el tiempo con relación a las transformaciones técnicas producidas, ligadas a la producción y a los soportes de la grabación (cámara, tipo de película, sala de montaje). También han tenido un impacto notable las alteraciones sufridas en las sociedades en cuestiones variopintas que van desde los valores a las variaciones en la estructura social (demografía, urbanización, terciarización) y en el desarrollo económico. La industria se ha movido desde una lógica estricta de empresa privada a la intervención radical del Estado, pasando por situaciones de equilibrio.

En el desarrollo de la política de masas el cine fue visto desde sus inicios como una narrativa de un ideal de civilización. Por ello, se concibió como una forma de transformación o de elucidación de la realidad con explicaciones a veces claramente pedagógicas y, en otras ocasiones,

para dejar constancia simplemente de ciertos acontecimientos. Sin embargo, pronto se abrió paso para ser un instrumento básico de educación en ciertos valores, siendo uno de los básicos la construcción de la nación, así como el soporte a un determinado proyecto político de largo aliento. *El nacimiento de una nación* (1915) del norteamericano D. W. Griffith, o *El acorazado Potemkin* (1925), o *La huelga* del mismo año, ambas del ruso Sergei Eisenstein, son un claro ejemplo de ello. En el límite de ese proceso el cine también llegó a convertirse en una herramienta fundamental de adoctrinamiento, como lo evidencia en la Alemania de Hitler *El triunfo de la voluntad* (1934) de Leni Liefenstahl. Al ser capturado por las nuevas técnicas de publicidad, el cine de propaganda ha venido siendo una instancia usada en situaciones variopintas.

La política, por tanto, explica el cine en la medida en que el Estado comenzó a tener una intervención decisiva mediante políticas públicas que promovían determinados temas y enfoques concretos funcionales a su visión del orden político o se hacía directamente con una parte importante de la industria mediante procesos nacionalizadores. Este uso político del cine no fue exclusivamente patrimonio del Estado, sino también los partidos políticos, sindicatos, organizaciones empresariales y otros grupos sociales articulados según criterios de identidad distintos (religiosa, étnica, etc.) dispusieron de su propia plataforma cinematográfica o influyeron en la industria imponiendo temas o visiones concretas acerca de diferentes problemas. La militancia de todo tipo fue así satisfecha y recibió un importante nutriente en sus convicciones.

Durante buena parte del siglo xx el modelo de industria de Hollywood chocó con la apuesta de los denominados «cines nacionales». El primero estuvo centrado en intereses empresariales muy concretos, sujetos al activismo de todo tipo de grupos de presión, conjugándose el lucro con la servidumbre a intereses terceros. El segundo se incardinó en proyectos concretos como los signados por el carácter totalitario de la propuesta (el cine alemán bajo Hitler, el italiano bajo Mussolini o el soviético, fundamentalmente bajo Stalin), la política de la excepcionalidad cultural francesa o el desarrollo de las industrias cinematográficas argentina bajo el peronismo o mexicana entre 1930 y 1950.

El cine es una variable independiente de la política, pero es difícil encontrar películas que no reflejen, de una manera u otra, una visión política del asunto que abordan. Conviene recordar que no tocar explícitamente cuestiones políticas ya es una posición política. No obstante, las aproximaciones a la política desde el cine configuran al menos cuatro escenarios que a continuación se ilustran con una filmografía del presente siglo. El primer escenario lo constituyen las películas que son biografías de políticos. Cabe resaltar: *Presidente Mitterrand. El paseante del Campo de Marte* (2005) de Robert Guédiguian, *Il Divo* (2008) de Paolo Sorrentino sobre Giulio Andreotti, *Adiós Bafana* (2007) sobre Nelson Mandela y su carcelero o el manejo político por parte de Mandela de un evento deportivo en *Invictus* (2009) de Clint Eastwood, *Adolfo Suárez, el presidente* (2010) de Sergio Cabrera, *Lincoln* (2012) de Steven Spielberg y *Walesa: la esperanza de un pueblo* (2013) de Andrzej Wajda. El segundo apartado incluye las que abordan cuestiones políticas clásicas como las elecciones: es el caso de *No* (2012) de Pablo Larraín sobre el plebiscito chileno que desmontó la dicta-

dura de Pinochet, o *El último voto* (2008) de Martin Scorsese, o *En campaña todo vale* (2012) de Jay Roach; el funcionamiento de las instituciones como *El ejercicio del poder* (2011) del francés Pierre Schoeller; las crisis internacionales como *Trece día*s (2000) de Roger Donaldson sobre la crisis de los misiles en Cuba; las guerras civiles como *Hotel Ruanda* (2004) de Terry George. En tercer lugar, están las películas que plantean relaciones de poder aun en ámbitos no estrictamente políticos y que son relatos de hechos cotidianos, en este caso en contextos siniestros, como resulta en *La vida de los otros* (2006) de Florian Henckel von Donnersmarck sobre el espionaje a los ciudadanos de la RDA o en las que se abordan figuras que han reflexionado sobre el poder, como es el caso de *Hanna Arendt* (2012) de Margarethe von Trotta o *Maquiavelo* (2013) de Lorenzo Raveggi. Finalmente se encuentran las películas que explican, critican o expresan proyectos alternativos con respecto a la construcción de la convivencia social: puede ser el caso de filmes tan diferentes como *Dogville* (2003) de Lars Von Trier, *La ola* (2008) del alemán Dennis Gansel, o *Política. Manual de instrucciones* (2016) de Fernando León de Aranoa; así como los sueños rotos en la antigua RDA en *Good Bye, Lenin!* (2003) de Wolfgang Becker.

Por consiguiente, el cine ha moldeado las interpretaciones de la sociedad de distintos fenómenos políticos, lo cual explica también el interés de actores políticos y de gobiernos de todo tipo por utilizar este arte con lo cual el cine se convierte en variable dependiente de la política. Ello da pie a la existencia de un género de cine político, habitualmente signado por la militancia de sus autores que, si bien ha estado presente desde los inicios, tuvo su época de madurez en torno a las décadas de 1960 y 1970. Entonces surgió una nómina de directores con incidencia notable en la definición del cine político, constituida, entre muchos otros, por: Giulio Pontecorvo (1919-2006), Francesco Rossi (1922-2015), Costa– Gavras (1933), Ken Loach (1936), Glauber Rocha (1938-1981) y Stephen Frears (1941).

Finalmente, hay que señalar el enorme cambio registrado en el siglo XXI en el ámbito de la exhibición del cine que pasa del formato de grandes salas al cine a la carta de consumo individual, así como el impacto creciente de las series televisivas. Si bien hay elementos de entre los enunciados más arriba que permanecen constantes, su mística convocante de grandes públicos y el efecto de socialización que ello conllevaba se ven afectados profundamente.

BIBLIOGRAFÍA

Alcántara Sáez, M.; Mariani, S., coords.: *La política va al cine*. Madrid: Tecnos, 2016.

Alcántara Sáez, M.; Mariani, S., eds.: *La política es de cine*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2018.

Cardona-Restrepo, P., *et al.*: *Cine y pensamiento*. Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana, 2017.

Iglesias Turrión, P.: *Maquiavelo frente a la gran pantalla. Cine y política*. Madrid: Akal, 2013.

Navarro, A. J.: *Choque de titanes. 50 películas fundamentales sobre la Guerra Fría*. Barcelona: Ed. UOC, 2017.

SCOTT, I.: *American Politics in Hollywood Films*. Edimburgh: Edinburgh University Press, 2011.

Manuel ALCÁNTARA SÁEZ
Catedrático de Ciencia Política
Universidad de Salamanca

VER TAMBIÉN: ARQUITECTURA Y POLÍTICA / ARTE Y POLÍTICA / CAMPAÑA ELECTORAL / COMUNICACIÓN POLÍTICA / COMUNISMO / ELITES POLÍTICAS / FASCISMO / GRUPOS DE INTERÉS / LIDERAZGO POLÍTICO / POLÍTICA CULTURAL / SISTEMA SOVIÉTICO

CLIVAJE

En Ciencia Política, se entiende como clivaje (*cleavage*) una escisión que divide a la sociedad en dos partes opuestas y enfrentadas por una cuestión que influye decisivamente en el sistema de partidos políticos. Fue en 1967 cuando Seymour M. Lipset y Stein Rokkan ofrecen una explicación sociológica al origen de los partidos políticos y al sentido o la tendencia del voto de los electores. Según la teoría del clivaje, determinados fenómenos económicos, sociales o culturales pueden generar la aparición de nuevos partidos, así como la fragmentación o el realineamiento de los ya existentes. A su vez, la propia acción de estos partidos, con cambios en las estrategias o en los programas, también obliga a los electores a movilizarse a favor o en contra de una determinada cuestión, pudiendo provocar, de esta manera, un escenario de polarización y fractura.

Los sistemas políticos contemporáneos son, según Lipset y Rokkan, fruto de movilizaciones sociales que, reaccionando a circunstancias históricas, acaban organizándose políticamente. En los procesos de modernización, a partir de la Revolución francesa, las primeras y principales tensiones eran territoriales, entre el centro, que construye la nación, y aquellas comunidades que se oponían a la centralización. En determinados países europeos también fueron políticamente relevantes las disputas en clave religiosa, a saber, entre católicos y protestantes o entre el Estado y la Iglesia. Posteriormente, una vez consolidado el Estado-nación, emergen nuevas fracturas sociales y empiezan a desarrollarse oposiciones funcionales. La Revolución industrial forjó el conflicto entre los terratenientes y los emergentes industriales, primero; y entre propietarios y obreros, después. Así, surgirían los partidos socialistas y comunistas en defensa de los intereses de los trabajadores y por oposición a la burguesía propietaria que se organizaría en torno a partidos más bien liberales o conservadores.

Las sociedades son complejas y no todos los conflictos generan una hostilidad que afecte de manera concluyente al sistema político. En España, como en la mayoría de los países de nuestro entorno, el clivaje ideológico ha sido fundamental, absorbiendo en gran medida otras potenciales o latentes fracturas como la religiosa. De este modo, tras la Transición democrática, los diferentes intereses y sensibilidades en la sociedad española fueron convergiendo hacia un gran partido de centro-izquierda (el Partido Socialista Obrero Español) y un gran partido de centro-derecha (actualmente el Partido Popular) que se confrontaban, preponderantemente, en un eje ideológico. Durante los años 80, esta división ideológica prevaleció incluso por encima de una posible alineación entre clase social y partidos políticos, por lo que las estrategias de estos últimos podían dirigirse a captar votos en todos los sectores de la sociedad. Mariano Torcal y Pradeep Chhibber concluyeron que «la clase social no constituyó directamente un elemento que tuviera incidencia alguna en la generación de la estructura inicial del sistema de partidos políticos en España», siendo el liderazgo una variable más significativa para explicar el voto. No obstante, las estrategias de los líderes del PSOE y del PP y la aparición de la economía como cuestión fundamental en el debate público, desde 1989, impulsarían la emergencia de un fuerte clivaje de clase, según estos politólogos.

Con todo, a partir de la crisis financiera y económica iniciada en 2008 y el aumento de la desafección hacia los partidos tradicionales, el bipartidismo se diluyó y surgieron nuevos partidos a escala nacional, como Podemos, Ciudadanos y, en los últimos años, Vox. La tendencia hacia el multipartidismo y la división entre nuevos y viejos partidos han merecido diversas teorías explicativas, entre las cuales la caracterizada por el populismo que apunta, como elemento clave, la aparición de una fractura entre las elites y el pueblo.

Por otra parte, en algunas regiones españolas el clivaje identitario ha sido y es tan importante o más que el ideológico, sobre todo en dos Comunidades Autónomas con fuerte presencia del nacionalismo periférico como son Cataluña y País Vasco. Así, el clivaje identitario o nacional, con un importante componente lingüístico, habría generado sistemas multipartidistas con partidos nacionalistas o secesionistas, tanto a la izquierda como a la derecha, como el Partido Nacionalista Vasco y Bildu, en el País Vasco, y Esquerra Republicana y las diversas derivaciones de la extinta Convergència i Unió, en Cataluña. Según Isaiah Berlin y su discípulo Michael Ignatieff, el nacionalismo puede tener efectos positivos, inocuos o negativos, pero posee una eficaz fuerza de movilización política, también en las sociedades modernas, desarrolladas y democráticas. Quebec, Escocia o Cataluña son ejemplos evidentes de sistemas de partidos fundamentalmente definidos sobre la confrontación en torno a los sentimientos de pertenencia.

En términos semejantes, no son pocos los autores, como el propio Ignatieff, que, a raíz de fenómenos como el ascenso de Donald Trump en Estados Unidos o el Brexit, definen la gran fractura en las sociedades occidentales contemporáneas como una escisión entre cosmopolitas que podrían identificarse con cualquier lugar o sentirse en casa en cualquier sitio, los denominados *anywheres*, y aquellas personas que tienen un sentimiento de pertenencia local más acentuado o *somewheres*. Por lo tanto, el ascenso de partidos nacionalistas y/o populistas podría deberse a una fractura entre el centro y la periferia, como ha advertido, entre otros, el geógrafo francés Christophe Guilluy.

Así, las dinámicas populistas que se producen en los Estados Unidos y diferentes países europeos corresponderían a un proceso de desvinculación política y cultural de las clases medias que habitan en las periferias, tanto urbanas como rurales, respecto a las elites de las grandes metrópolis. Esta «fractura social», fruto de la desindustrialización, el abandono de las zonas rurales y la aparición de una sociedad multicultural estaría modificando completamente el sistema tradicional de partidos. De esta manera, el clivaje explicaría en Francia tanto el ascenso de Emmanuel Macron –centro– como el de Marine Le Pen –periferia– frente a los viejos partidos de izquierda y derecha. En cierto modo, el fenómeno nacionalista también podría explicarse por este clivaje. El propio Guilluy señala que el independentismo catalán es un ejemplo claro de la fractura centro-periferia. Como en otros casos de «reacción de las regiones ricas a la crisis económica», se trataría de una nueva burguesía que propone «desmantelar las solidaridades nacionales y validar el modelo territorial desigualitario de la globalización».

Durante los próximos años observaremos si la nueva escisión centro-periferia en el interior de las sociedades occidentales arraiga como un clivaje que explique, de manera estructural, la reconfiguración de los sistemas de partidos o si

estamos ante una mera coyuntura, producto de la crisis económica, cuya superación nos devolverá a los anteriores bipartidismos. Y más importante aún, y como nos indica la prolífica bibliografía actual sobre la cuestión, no es descartable que esta fractura no solo afecte al sistema de partidos, sino también a los mismos fundamentos de la democracia liberal, socavando algunos pilares, como el Estado de Derecho, y algunas virtudes, como la tolerancia. Así, politólogos, como Yascha Mounk, Steven Levitsky o Daniel Ziblatt, subrayan el peligro de una progresiva desconsolidación de las democracias ante el incremento de la polarización social y al ascenso de partidos con tintes autoritarios o iliberales.

BIBLIOGRAFÍA

Berlin, I.: *Sobre el nacionalismo. Textos escogidos*. Barcelona: Página Indómita, 2019.

Guilluy, C.: *No Society. El fin de la clase media occidental*. Madrid: Taurus, 2019.

Ignatieff, M.: *Sangre y pertenencia. Viajes al nuevo nacionalismo.* Barcelona: El Hombre del Tres, 2012.

Levitsky, S.; Ziblatt, D.; *How Democracies Dies. What History Reveals About Our Future*. London: Penguin, 2018.

Lipset, S. M.; Rokkan, S.: «Estructuras de división, sistemas de partidos y alineamientos electorales», en *Diez textos básicos de Ciencia Política*. Barcelona: Ariel, 2001.

Mounk, Y.: *El pueblo contra la democracia. Por qué nuestra libertad está en peligro y cómo salvarla*. Barcelona: Paidós, 2018.

Torcal, M.; Chhibber, P.: «Elites, cleavages y sistema de partidos en una democracia consolidada: España (1986-1992)», en *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, 69 (1995).

Juan Milián
Politólogo
Profesor asociado de Ciencia Política
Universidad de Barcelona

VER TAMBIÉN: BREXIT / CIENCIA POLÍTICA / ELECCIONES / ESTADO DE PARTIDOS / IDENTIDADES / MAYORÍAS Y MINORÍAS / NACIÓN Y NACIONALISMO / OPOSICIÓN POLÍTICA / **PANDEMIA: PERSPECTIVA POLÍTICA** / POPULISMOS / SISTEMAS DE PARTIDOS

COALICIONES

Las democracias producen mayorías de gobierno a partir de elecciones competitivas. En los sistemas con lógica presidencial, esas mayorías suelen conformarse mediante coaliciones electorales entre partidos, grupos y facciones, fabricadas antes de las elecciones presidenciales. En las democracias parlamentarias, se construyen normalmente tras las elecciones, en la arena parlamentaria, para ser trasladadas después al Ejecutivo. Así, debemos distinguir, de entrada, entre coaliciones electorales (alianzas estables o puntuales entre partidos y grupos para formar una candidatura electoral común), coaliciones parlamentarias (alianzas entre representantes o grupos parlamentarios para desarrollar un programa o sostener a un Ejecutivo) y coaliciones de gobierno (por las cuales un Ejecutivo se forma con ministros de distintos partidos políticos). Estas últimas son un rasgo distintivo de las democracias consocionales, donde la representación y la aplicación del programa de gobierno se caracterizan por una dinámica más consensual e inclusiva.

Las coaliciones de gobierno constituyen la pauta general de las democracias parlamentarias europeas y son menos comunes en sistemas presidenciales. Solo el 13,1% de todos los Ejecutivos en Europa occidental desde 1945 se han basado en la mayoría absoluta de un único partido, donde países como Bélgica, Italia u Holanda solo han conocido gobiernos de coalición desde la Segunda Guerra Mundial. En ese sentido, el período democrático español desde 1977 parecería una excepción incluso en comparación con su precedente republicano, aunque las coaliciones se encuentran muy extendidas en los gobiernos autonómicos y municipales.

La práctica de las coaliciones gubernamentales ha ido moldeando un proceso altamente estructurado de formación de los acuerdos que las harán posibles. En ese proceso, se irán dilucidando qué partidos formarán parte de la coalición, cómo se distribuirán las áreas del Ejecutivo y qué acuerdos escritos garantizarán su funcionamiento posterior. Los partidos tenderán a resolver los dilemas a lo largo de esa negociación según la prioridad que concedan a obtener posiciones de poder en el gobierno, desarrollar su agenda de políticas o favorecer el incremento de sus expectativas electorales a corto plazo.

Las grandes coaliciones entre los dos principales actores (y competidores) son casos testimoniales, porque lo que predomina es el acuerdo entre uno de los partidos principales y uno o varios menores. En su ausencia, lo usual es formar coaliciones «mínimas ganadoras», compuestas por los partidos imprescindibles para sumar la mitad más uno de los escaños. Estas coaliciones suelen priorizar aquellas combinaciones que requieran el menor número posible de escaños, o bien el menor número de partidos, o bien la «mínima distancia» entre ellos, donde los partidos que se coaligan tengan la menor distancia ideológica posible dentro del Parlamento o cuyos programas de políticas públicas resulten menos divergentes. Desde 1945, una de cada tres coaliciones en Europa occidental ha seguido este formato, considerado por la literatura como el modelo más estable y efectivo, mediante el cual las formaciones políticas maximizan el reparto del poder con el mínimo coste.

No obstante, no son infrecuentes las desviaciones a esa pauta. Un ejemplo son

los numerosos casos de «coaliciones sobredimensionadas», formadas por más partidos de los necesarios, con el objetivo de aumentar la legitimidad del Ejecutivo en circunstancias políticas específicas o de satisfacer intereses estratégicos de algunos de sus miembros. Lo han sido uno de cada cuatro gobiernos democráticos de los regímenes parlamentarios de la OCDE, especialmente tras la Segunda Guerra Mundial. Este tipo de gobierno es el patrón usual en Suiza, dada su «fórmula mágica», que incluye siempre a los cuatro partidos más votados, independientemente de la representación conseguida. Por otro lado, cada vez son menos infrecuentes los gobiernos en minoría, a veces compuestos incluso por varios partidos, donde la coalición gubernamental depende a su vez de acuerdos, estables o puntuales, con otros grupos parlamentarios no presentes en el Ejecutivo.

Una segunda arista en la formación de las coaliciones se refiere a la distribución del poder: cuántos ministerios y qué ministerios. Tal como estipula la conocida como *ley de Gamson*, cada partido tenderá a recibir un porcentaje de carteras proporcional a su peso en el Parlamento, aunque esto a menudo se incumple dependiendo del contexto y del grado de fuerza con el que negocian los partidos. Así, muchos pequeños partidos que se convierten en clave para el sostenimiento de una coalición pueden requerir más cargos o ministerios más importantes. En Parlamentos muy fragmentados y polarizados, esto puede dar enorme influencia a partidos pequeños con programas extremos orientados a políticas o conflictos específicos.

La negociación también se extiende a la organización del *sottogoverno*, incluyendo distintas fórmulas de repartición de los altos cargos de cada departamento. Es común que muchas coaliciones acuerden nombrar en un ministerio altos cargos de partido distinto al del ministro. Estos cargos suelen hacer de «perros vigilantes» (*watchdogs*), encargados de garantizar que los acuerdos programáticos se cumplan y el ministro no actúe por libre. En contraposición, la mitad restante de los *junior ministers* (viceministros o secretarios de Estado) nombrados en Europa occidental desde 1945 han provenido del mismo partido que el ministro.

Todo esto comporta un nivel de predominio del jefe de Gobierno mucho menor que sus colegas de gobiernos monocolores, a menudo obligado a aceptar los nombramientos de su propio Ejecutivo correspondientes a otros partidos. En esas situaciones, la personalidad del primer ministro y los recursos institucionales y de poder a su alcance desempeñan un papel crucial en la gestión interna del gabinete.

A fin de facilitar el control de los conflictos internos, los partidos suelen detallar estos acuerdos en pactos escritos, que cada vez suelen ser más extensos y detallados, aunque no está claro hasta qué punto un buen acuerdo puede sostener por sí mismo una coalición inestable. No es de extrañar que la formación de un gobierno de coalición puede llegar a tardar mucho más que los Ejecutivos de un solo partido. Desde 1945, la negociación y constitución de gobiernos multipartidistas se ha prolongado unos 23 días de promedio, aunque al menos 49 Ejecutivos han necesitado más de ocho meses para dar paso a una nueva coalición de gobernantes. Los ejemplos más recientes se encuentran también entre los más prolongados, como en Bélgica (en diciembre de 2011 se cerró un acuerdo de coalición tras 541 días de negociación) o España, que necesitó más de 10 meses y una repetición de elecciones en 2016 para reeditar la presidencia, en minoría,

de Mariano Rajoy, una situación que se repetiría en 2019 con Pedro Sánchez, con el primer gobierno de colación desde la Constitución de 1978.

Una vez formadas, la vida interna de las coaliciones suele estar marcada por desencuentros políticos y la competencia interna por parte de los socios por rentabilizar la presencia en el gobierno. A ello se refería la conocida *paradoja del conflicto* en los gabinetes de Jean Blondel: si los principios de colegialidad y colectividad de los gobiernos parlamentarios se aplicaran al pie de la letra, el sistema no solo sería ineficiente sino prácticamente inviable. Para superar esa situación, los actores suelen operar con bastante flexibilidad ante las pérdidas de agencia generadas por los actores de la coalición. Incluso los socios pueden tener interés en que las diferencias se hagan públicas para apaciguar a sus electores, si estos tienen la sensación de que sus partidos están demasiado subordinados a los adversarios.

El cumplimiento del programa suele ser un indicador clave para que los electores valoren el éxito o fracaso de una coalición. El rendimiento de los gobiernos de coalición suele estar condicionado principalmente por los arreglos institucionales establecidos (la agenda incluida en los acuerdos formales de la coalición, el grado de *statu quo* acordado en su inicio, o el nivel de control sobre la acción de los ministros aceptado por las partes) mientras que las características políticas (diferencias entre partidos, promesas electorales, tipo de apoyo parlamentario) son menos relevantes. A menudo las principales decisiones se negocian fuera del Ejecutivo, en el ámbito de los partidos, en detrimento del papel de los ministros o de los propios presidentes. En situaciones muy inestables, los acuerdos resultan difíciles de sostener, de modo que los partidos, o alguno de ellos, deciden poner fin a la coalición anticipadamente, a fin de mejorar la posición de su partido en las siguientes elecciones o modificar la composición de la coalición.

Como resultado, los gobiernos de coalición suelen ser más inestables y conflictivos que los monocolores, aunque ello no significa que duren menos si sus partidos poseen la mayoría parlamentaria. En los países acostumbrados a ello, nada de esto desacredita este tipo de gobiernos. No obstante, la evolución reciente de los sistemas de partidos, la llegada de nuevos partidos con programas radicales, especialmente a la derecha, así como el consecuente incremento de la polarización ideológica y social están reduciendo los incentivos para que los partidos tradicionales alcancen coaliciones estables de gobierno. Diversos estudios señalan que la década posterior a la Gran Recesión de 2008 se ha caracterizado por una mayor inestabilidad gubernamental, una mayor vulnerabilidad de los jefes de Gobierno y más dificultades en democracias de tradición consocional para formar Ejecutivos multipartidistas. En este contexto, la personalización de la política parlamentaria y el debilitamiento de los partidos están alterando las bases sobre las que se sostiene la fabricación de coaliciones políticas en las democracias parlamentarias.

BIBLIOGRAFÍA

Blondel, J.; Müller-Rommel, O. P.: *Governing Together. The extent and limits of joint decision-making in Western European Cabinets*. London: Palgrave Macmillan, 1993.

Matas, J.: *La formación de un gobierno de coalición*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.
Müller, W.; Strom, K.: *Coalition governments in Western Europe*. Oxford: Oxford University Press, 2000.
Reniu Vilamala, J. M.: *Los gobiernos de coalición de las Comunidades Autónomas españolas*. Barcelona: Atelier, 2014.
Strom, K.; Müller, W.; Bergman, T.: *Cabinets and coalition bargaining. The democratic Life cycle in Western Europe*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

Juan Rodríguez Teruel
Profesor Titular de Ciencia Política
Universidad de Valencia

VER TAMBIÉN: CALIDAD DEMOCRÁTICA / CULTURA POLÍTICA / DEMOCRACIA / ELECCIONES / ESTADO DE PARTIDOS / GOBIERNO / LIDERAZGO POLÍTICO / PARLAMENTARISMO / SISTEMAS DE PARTIDOS / SISTEMAS POLÍTICOS

COMUNICACIÓN POLÍTICA

La comunicación política es el arte de la conducción de los asuntos públicos de acuerdo con un ideario político. Consiste en el intercambio de ideas y la provisión de información con la finalidad de afectar las creencias –ergo, los comportamientos– de la opinión pública. Es una actividad que combina mecanismos racionales (campañas institucionales, información de servicio público) con otros de contenido emocional (identidad, sentido de pertenencia, símbolos). La comunicación política, por sí de naturaleza pública, cumple una función epistémica en la formación de la opinión pública en las sociedades abiertas. La unidad mínima de mensaje se disemina a través de canales ordenados (BOE, entrevistas periodísticas, ruedas y notas de prensa, web institucional) o desordenados (declaraciones no oficiales, propaganda, redes sociales, conferencias) que influyen en la construcción de los asuntos de la esfera pública y el orden social.

Es una disciplina que bebe de distintas ramas del saber. De la Sociología, ha aprendido a interpretar la opinión pública o el valor de los usos y las gratificaciones en el comportamiento de las audiencias. Del Periodismo, el valor de la noticia, el manejo de los flujos de información o la relación con el profesional de la información. La Economía ha aportado la visión de producto, mercado y preferencias políticas que afectan a la estrategia electoral, mientras que el *marketing* ha conseguido crear candidatos de diseño. La comunicación audiovisual, sobre todo la televisión, ha afectado al consumo de información política y ha transformado las campañas electorales. La Ética se ha transfigurado en las recientes tendencias de transparencia y rendición de cuentas de los gobiernos y las instituciones. El impacto de las tecnologías, de las redes sociales a los móviles, oscila entre apocalípticos e integrados, a la manera de Eco. La comunicación política, pues, aprovecha los avances en distintas áreas de conocimiento y está en constante transformación, como lo están los comportamientos sociales, los sistemas de representación y participación política, así como los modelos de liderazgo.

Como resultado del pluralismo metodológico, el cuerpo teórico es extenso y aborda distintas epistemologías. El análisis se estructura en tres ejes: el cognitivo (difusión de ideas políticas), el criterio (actitud o juicio) o el comportamiento (activismo, voto, compromiso). En el proceso cognitivo, se estudia cómo los ciudadanos tienden a la exposición y atención selectiva de las informaciones hacia las cuales tiene una preferencia predefinida. Lee la prensa o escucha los mítines de aquellos con quienes simpatiza y esta actitud contribuye a retener unos mensajes frente a otros. Esta lógica explica que determinadas noticias, y también los rumores, se difundan entre unas comunidades epistémicas y no lleguen a otras. El público se informa para creer y comportarse de una manera y no para obtener una gama amplia de opciones antes de decidir.

Entre las teorías más relevantes, destaca la construcción de la agenda temática. Consiste en el efecto que consiguen los medios de comunicación para determinar qué asuntos de la vida pública son relevantes y, sobre todo, silenciar aquellos otros que no lo son. La agenda es resultado de la negociación entre políticos, grupos de presión y periodistas, si

bien la expansión de las redes sociales ha multiplicado las agendas y reducido el impacto de los medios de referencia. En relación con el criterio, la teoría del *priming* explica cómo los ciudadanos elaboran sus juicios de acuerdo con atributos concretos. Así, a este presidente se le asocia con la buena gestión económica y no se le valora otro aspecto de su gobierno, mientras que aquel ha quedado impregnado por un halo de corrupción porque miembros de su gabinete han sido acusados. En un momento de creciente presidencialismo, el *priming* sirve para la construcción de la imagen del candidato sobre valores determinados ignorando el resto de factores. Entre el conocimiento y el juicio actitudinal, aparece la teoría del encuadre o enmarcado (*framing*). Explica esta cómo los profesionales de la información seleccionan y jerarquizan los hechos de los que se informan y, más aún, los etiquetan con valores. El éxito se mide por la introducción de ideas y atributos que estructuran el discurso público. El marco predetermina la respuesta; ejemplos recientes son «la casta», «los unionistas» o «gestación subrogada».

En otro orden, aparece la cuestión de la libertad de conciencia en un entorno de masas. La espiral del silencio consiste en la tendencia a permanecer callado en un entorno que se considera poco favorable a unas ideas. Así conviene distinguir entre la opinión pública y la mayoritaria, siendo la primera aquella que consigue apalancar su mensaje entre periodistas, medios y representantes políticos. En redes sociales, se observa la polarización de las conversaciones con pocos nexos entre comunidades políticas e ideológicas: pocos se atreven a disentir dentro de su propio espacio comunicativo.

Por su naturaleza, la comunicación política es una actividad performativa, porque la narrativa afecta a los resultados de la acción política. Los actores implicados tienen la finalidad expresa de modificar el entorno que les rodea y afectar la vida de los ciudadanos. En este punto, cabe destacar el manejo por parte de los populistas para la creación de mensajes y símbolos sustentados sobre emociones y no sobre hechos. La mentira, la imprecisión o las falacias lógicas se ponen al servicio del pueblo para, a posterioridad, validar y legitimar las decisiones políticas. La comunicación política emplea emociones reales para fabricar verdades, se ajusten o no a los hechos. Ahí se encuentra el origen de los «hechos alternativos», «recuperar el control» o «nosotros, el pueblo». El auge –acaso burbuja– de la comunicación electoral se explica por el incremento del número de instituciones sometidas a régimen electivo, la mediatización de las campañas, el escándalo y la moral como valores de cambio, así como la tendencia de presidencialismos desmesurados que facilitan la personalización de los proyectos políticos y su conversión en campañas permanentes.

En perspectiva internacional, la comunicación política es una de las áreas de mayor crecimiento. El auge de la diplomacia pública, la gestión de la memoria, la multiplicación de cadenas de televisión internacional financiada por gobiernos, el uso de redes sociales para la diplomacia y la negociación, los movimientos sociales transnacionales, el *marketing* aplicado a ciudades y territorios, la irrupción de actores y capital privado, la propaganda y la injerencia en procesos electorales, enriquecen la disciplina con nuevas metodologías, contenidos y perspectivas.

Las nuevas avenidas de la investigación en comunicación política se extienden como consecuencia de un doble fenómeno. Por un lado, la politización de todos

los aspectos de la vida pública a través de usos comunicativos. Bien sea por la estética del símbolo o por la irrupción de nuevas agendas (feminismo, cambio climático, identidad sexual), la comunicación política está cada vez más presente y atomiza los proyectos políticos comunes. No cabe ya una división entre socialdemocrátas y conservadores, sino que se han multiplicado las familias políticas y, por ende, los mensajes que se emiten y consumen. Por otro lado, porque la sociedad digital combina el consumo de medios convencionales como la radio y la televisión con los digitales, de modo que mezcla –literalmente en su teléfono móvil– los usos de recepción de contenidos con la lógica de reenvío y consumo instantáneo. El interés, pues, de la comunicación política digital reside en su capacidad de innovación en las rutinas de producción, distribución y consumo de mensajes políticos. La personalización del consumo ha favorecido la exposición selectiva, las cámaras de eco o las burbujas informativas. En un entorno de sobreabundancia informativa, «nuestra» información es percibida con mayor nitidez. Está aún por definir el impacto de las grandes tecnológicas, en particular los *big data*, en cuestiones sustantivas de la comunicación política como la privacidad.

En síntesis, la comunicación política estructura tres hechos de la esfera pública. Es conocimiento, porque a través de los mensajes distribuidos se tiene acceso a información relevante. Es espectáculo, porque la mediatización ha creado una sociedad de impactos audiovisuales y burbujas. Y, por último, es poder, porque organiza las ideas que estamos dispuestos a creer.

***

COVID-19 es el acontecimiento que estructura el paisaje mediático y político en 2020 y tiene visos de acelerar los cambios sociales e históricos que se adivinan en la globalización tardía. La salud pública ha ocupado la mayor parte del espacio informativo tanto en medios convencionales como en redes sociales, una cuestión que hasta ahora solía estar fuera del radar de la comunicación política. Quizás sea el primero de los muchos cambios del antropoceno.

Superado el primer pico de la infección, se han identificado tres fenómenos de comunicación política. 1) La ciudadanía ha recuperado el interés por las noticias como recurso de valor para la toma de decisiones, por lo que ha crecido el interés por su consumo activo, no incidental. Buscar noticias y no esperar a que desemboquen en nuestro dispositivo móvil es un cambio de hábito que afecta a la demanda. 2) La audiencia activa ha buscado empresas y marcas de confianza, como las televisiones públicas o las grandes cabeceras, para disminuir su exposición a rumores y falsedades. Las instituciones políticas y médicas recuperan la intermediación para identificar expertos y abundar en el criterio periodístico. 3) Ha crecido la audiencia acumulada, lo que sugiere un incremento de la autoridad referencial, que explica e interpreta la pandemia, a costa de las burbujas y las cámaras de eco móvil. Es una buena noticia porque la incorporación de nuevos grupos sociodemográficos antecede a una ciudadanía informada.

Sin embargo, también hay malas noticias en el sistema de medios. 1) El manejo de las cifras se convierte en instrumento para la polarización y la crítica institucional. Se genera así desconfianza hacia las medidas del gobierno y –peor aun– hacia la información médica. El portavoz experto, científico, se convierte en objeto de debate cuyo trasfondo es la

competencia entre tecnocracia y acción política. 2) A escala internacional, se emplea para desacreditar al país vecino o las instituciones multilaterales, perseguir el periodismo libre o aminorar el peso el peso del Parlamento. La intencionalidad política persigue legitimar unas políticas (supremacía del poder ejecutivo, videovigilancia, autoritarismo) frente a otras (cooperación, transparencia). 3) El desorden informativo de la pandemia colapsa instituciones y sistemas políticos, no solo instalaciones médicas. Así, se expanden los neologismos, arquetipos de los significantes vacíos (distanciamiento social, nueva normalidad). Hay más oferta de productos desinformativos que compiten con ventaja: in dubio, pro dubio. *Además, el populismo alienta teorías conspirativas, el discurso anticientífico y la creencia ciega en el líder*

En suma, el uso de la salud y la ciencia con fines de comunicación política no ha hecho más que empezar. El cambio climático nos aguarda.

BIBLIOGRAFÍA

Arendt, H.: *Wahrheit und Lüge in der Politik. Zwei Essays*. München: Piper, 1964.
Canel, M.ª J.: *Comunicación política. Una guía para su estudio y práctica*. Madrid: Tecnos, 2006.
Castells, M.: *Communication power.* New York: Oxford University Press, 2009.
Deutsch, K. W.: *The nerves of government: Models of political communication and control*. New York: The Free Press, 1963.
Noelle-Neumann, E.: *Die Schweigespirale. Öffentliche Meinung – unsere soziale Haut*. München: Piper, 1980.
Lippman, W.: *Public Opinion*. New York: Harcourt, Brace and Company, 1992.
Woolley, S. C.; Howard, P. N.: *Computational Propaganda: Political Parties, Politicians, and Political Manipulation on Social Media*. Oxford: Oxford Scholarship Online, 2018.

Juan Luis Manfredi Sánchez
Profesor Titular de Periodismo
Universidad de Castilla-La Mancha

VER TAMBIÉN: BIG DATA / DEMOCRACIA / DISCURSO POLÍTICO / *FAKE NEWS* / LIBERTAD DE EXPRESIÓN / OPINIÓN PÚBLICA / POSVERDAD

COMUNISMO

Como teoría, es una ideología y sistema socioeconómico comunitarista que propugna una sociedad igualitaria en la que el pleno desarrollo de las potencialidades individuales redunde directamente en la mejora y el bienestar colectivo. A partir de planteamientos radicalmente democráticos tiene como objetivo superar las desigualdades sistémicas sociales y todo tipo de alienación colectiva o individual, suprimiendo todos aquellos factores estructurales causantes de desigualdades artificiales, divisiones y fracturas sociales. Estas ideas filosófico-políticas, cuya máxima expansión histórica se produce en los siglos XIX y XX, han tenido algunos precedentes doctrinales: siglo IV a. C. filósofos cínicos Antístenes y Diógenes; Platón (*República)*; primitivas comunidades cristianas; sectas cristianas radicales de la Edad Media; utopías renacentistas de Tomas Moro y Campanella; algunos pensadores ilustrados radicales como Meslier, Mably o Morelly y, en cierta medida, Rousseau; Babeuf (Sociedad de los Iguales) en el siglo XVIII y los socialistas utópicos como Cabet, Fourier y Saint-Simon en el siglo XIX.

Sin embargo, serían los filósofos/teóricos políticos e ideólogos K. Marx (1818-1883) y F. Engels (1820-1895) los que desarrollarían las teorías, ideas-fuerza y concreción política (Liga de los Comunistas, I Internacional) del comunismo durante la segunda mitad del XIX. A partir, fundamentalmente, de la gradual visualización de las consecuencias socioeconómicas de la liquidación progresiva de las sociedades del Antiguo Régimen y su sustitución por las nuevas sociedades liberal-burguesas de modo de producción capitalista. Consecuencias sociales extremas como lo fueron el trasvase emigratorio de población más intenso de la historia de la humanidad, el no acceso de la fuerza de trabajo a los medios de producción y su sobreexplotación. En palabras de Marx: «Se les paga un sueldo para que no mueran y puedan continuar trabajando». Una fuerza de trabajo proletarizada y concentrada en sus lugares de trabajo y en sus zonas habitacionales. Todos estos factores en su conjunto explican, histórica y políticamente, la gran difusión de los idearios anticapitalistas anarquistas, socialistas y comunistas (durante la segunda mitad del XIX y el primer tercio del XX) en zonas geográficas occidentales industrializadas o semi-industrializadas. De ahí que en el *Manifiesto Comunista* de 1848 se planteara como consigna: «Proletarios de los países del mundo, uníos». A partir de la concepción nodal como objetivo a conseguir: «dé cada uno según su capacidad, a cada uno según sus necesidades».

Marx y Engels proporcionaron al movimiento obrero occidental decimonónico una filosofía política progresista, culminación del axioma ilustrado de que todos los hombres nacen libres, iguales y racionales; una teoría política en abierta confrontación con el hegemónico liberalismo conservador y una ideología destinada a la movilización política de las clases populares para conseguir sociedades democráticas avanzadas, sustituyendo el capitalismo como sistema productivo por un sistema colectivista en el que los productores controlaran los beneficios de su trabajo y los Estados no solo defendieran los intereses de las clases dominantes como ocurría en las sociedades liberales decimonónicas de sufragio censitario (solo tenían derechos políticos los propietarios). Ambos pensadores-políticos

lograron que los colectivos más combativos del Movimiento Obrero se reafirmaran en la ampliación de sus organismos de defensa de clase, los sindicatos; se organizaran internacionalmente, con la ayuda importante del movimiento anarquista y dieran el salto cualitativo de dejar de apoyar políticamente a las fracciones más radicales del liberalismo y fundaran sus propios partidos de clase que se definían como socialistas: SPD en Alemania, Labour Party en Gran Bretaña, PSOE en España etc. Un socialismo que se articulaba política y culturalmente como una alternativa al liberalismo como ideología y al capitalismo como sistema productivo.

El marxismo se convirtió en el cemento ideológico de unión de los sectores más politizados (Movimiento Obrero) de las capas populares, la fuerza de trabajo proletarizada de los países industrializados (Gran Bretaña, Francia, Estados Unidos, Alemania) o en proceso de industrialización. Unas capas populares huérfanas de ideología ya que la afirmación liberal de que se vivía en el mejor de los mundos posibles era radicalmente desmentida por la realidad socioeconómica existente en las primeras fases del desarrollo capitalista industrial: la denominada «cuestión social», literariamente explicitada por las novelas de Dickens, Zola o Baroja.

Sin embargo, si bien los objetivos finales eran compartidos por todos los colectivos influidos por el marxismo, la superación del capitalismo por el socialismo, las estrategias y tácticas para lograrlo diferían según la valoración que se efectuaba de los Estados de Derecho. Para los socialistas reformistas o socialdemócratas, los Estados de Derecho suponían una serie de avances de civilización que no podían desdeñarse. Al socialismo se accedería mediante democráticas reformas graduales de las sociedades liberales, hasta que los sucesivos cambios cuantitativos produjeran transformaciones cualitativas irreversibles que consolidarían una nueva sociedad socialista. Por el contrario, los denominados socialistas revolucionarios juzgaban a los Estados de Derecho liberales como una camama destinada a la estupidización e integración en el sistema de las capas populares y, por tanto, el socialismo, como paso previo al comunismo, se produciría por la conquista del Estado, venciendo a las fuerzas burguesas y transformando revolucionariamente a la sociedad. Esta opción teórico-política radical tendría su cristalización más potente en la lectura de Marx efectuada por Lenin (1870-1924), Trotsky (1879-1940) y los bolcheviques, una facción izquierdista del partido socialista ruso enfrentado frontalmente a la autocracia zarista a finales del XIX y principios del XX.

Rusia en 1917 era una sociedad mayoritariamente agraria y retrasada con unos pocos núcleos urbanos industrializados, por tanto un país poco idóneo para que se produjera una revolución socialista tal y como Marx había teorizado (toma del poder por parte de las masas autoorganizadas), pero la Primera Guerra Mundial abrió una ventana de oportunidad a los socialistas revolucionarios rusos, dada la descomposición e incompetencia de los aparatos de Estado zaristas, y los propios alemanes introdujeron clandestinamente a Lenin en Rusia desde su exilio suizo. La Revolución rusa, al imponerse a sangre y fuego a las fuerzas de la reacción en cruenta guerra civil, consagró al marxismo-leninismo como la doctrina «adecuada» para lograr la superación del capitalismo. Un marxismo-leninismo en el que los revolucionarios profesionales sustituían a las masas autoorganizadas y, al alcanzar el poder, monopolizaban los

aparatos del Estado y todas las instancias de poder.

La Revolución rusa no fue una revolución socialista sino un golpe de Estado exitoso. Había que quemar etapas hacia el comunismo y la Revolución tenía muchos enemigos internos y externos. Desde unas primeras fases, el modelo soviético desarrolló estructuras y comportamientos autoritarios. Autoritarismo que, tras la prematura muerte de Lenin, se acentuaría hasta el paroxismo totalitario con el omnímodo poder de Stalin (1878-1953) que no dudaría en ordenar el asesinato de la práctica totalidad de la vieja guardia bolchevique en sucesivas y sangrientas purgas, incluyendo al artífice del Ejército Rojo y vencedor de la guerra civil, Trotsky (asesinado en su exilio en México). Stalin dogmatizó ideológicamente el marxismo-leninismo, amplió el tradicional Imperio ruso y abandonó la idea de lograr una revolución internacional, consagrando el criterio de «socialismo en un solo país», convirtiéndose la URSS en el faro de los socialistas revolucionarios mundiales. Sin embargo, ya desde los años anteriores al fallecimiento de Lenin, socialistas revolucionarios heterodoxos como G. Lukács (1885-1971), R. Luxemburgo (1871-1919) o A. Gramsci (1891-1937) habían denunciado las contradicciones teóricas del marxismo-leninismo y los déficits democráticos del modelo soviético. En la década de los 20, siguiendo instrucciones soviéticas, se producen escisiones a la izquierda en los partidos socialistas occidentales, creándose los partidos comunistas con una fidelidad a toda prueba respecto a las directrices emanadas de Moscú y recibiendo soporte económico y logístico de la URSS. De esta forma, la lucha por el comunismo era el combate por la supervivencia de la URSS y cada comunista un peón de la política internacional soviética.

La consolidación del modelo soviético se produciría con la derrota del fascismo en la Segunda Guerra Mundial, la creación de una serie de países satélites de la URSS (liberados del fascismo por las tropas soviéticas) y gobernados autoritariamente por los partidos comunistas de cada uno de esos países, más el decisivo factor histórico de los procesos de descolonización en África y Asia, procesos en los que el marxismo-leninismo se imbricaría con factores de liberación nacional. Tras el Telón de Acero no cabían disidencias, incluso aplastadas militarmente como en Hungría (1956) o Checoslovaquia (1968), salvo la excepción de Yugoeslavia. Mientras tanto en algunos países occidentales potentes partidos comunistas (PCF en Francia o PCI en Italia) disputaban electoralmente cuotas de poder, hasta su gradual pérdida de capacidad electoral desde finales del siglo xx.

El modelo soviético consiguió algunos éxitos económicos y sociales en unas primeras fases, pero su ineficiencia económica a medio y largo plazo y su falta de legitimidad política, por la ausencia de libertades, lo condenaron al fracaso político, con su símbolo máximo en la caída del muro de Berlín en 1989 y el fracaso de las políticas reformistas de Gorbachov, salvo en países asiáticos como China o Vietnam en sus peculiares adaptaciones nacionales, o los modelos estalinistas puros de Corea del Norte y Cuba.

BIBLIOGRAFÍA

Elorza, A.: «Comunismo», en Antón-Mellón, J. y Torrens, X., eds.: *Ideologías y Movimientos Políticos Contemporáneos*. Madrid: Tecnos, 2016. 3.ª ed.

Véanse los textos de autores políticos relevantes como:

GRAMSCI, A.: *Cuadernos de la cárcel.*
LUXEMBURGO, R.: *¿Reforma social o revolución?*
TOGLIATTI, P.: *Escritos políticos.*
TROTSKY, L.: *La revolución traicionada.*

Joan ANTÓN MELLÓN
Catedrático de Ciencia Política
Universidad de Barcelona

VER TAMBIÉN: ANARQUISMO / AUTORITARISMO / CHINA / DICTADURA / IDEOLOGÍAS / IZQUIERDA POLÍTICA / REVOLUCIÓN / SISTEMA SOVIÉTICO / SOCIALISMO / TOTALITARISMO

COMUNITARISMO

El término comunidad no es nuevo en el pensamiento político. Se puede rastrear ya en la Antigüedad y el Medievo. También es conocida la relevancia de la idea de comunidad en la obra de algunos pensadores modernos como es el caso de Edmund Burke, Jean-Jacques Rousseau o G. W. F. Hegel. También en el ámbito de la Sociología fue paradigmática la distinción de Ferdinand Tönnies entre comunidad y sociedad. Pero el movimiento comunitarista como tal emerge en los Estados Unidos en torno a 1960. Surge como una reacción a la política centrada en los derechos individuales del liberalismo tradicional para reclamar un nuevo tipo de derechos para las comunidades. El comunitarismo argumenta que no solo los individuos tienen derechos, sino también las comunidades. Sin embargo, su auge teórico llega en los años 90 del siglo xx.

Amitai Etzioni está en gran medida en el origen de esta segunda ola del movimiento comunitarista. Etzioni fue asesor del primer Bill Clinton y ejerció sobre él alguna influencia tanto en el uso de una retórica de la virtud frente a la habitual política del interés, como en diversas medidas de reforma social. En *The Moral Dimension. Towards a New Economics* (1988) planteaba un paradigma alternativo tanto al neoclásico-utilitario (que informa en las ciencias humanas la teoría del intercambio y la elección racional) como al social conservador (presente en la obra de Talcott Parsons, Daniel Bell o Samuel Huntington). Frente a ambos, Etzioni proponía un enfoque que fuera más allá de la dicotomía entre el mercado y el Estado. *The Spirit of Community* (1993) es el manifiesto más popular del comunitarismo. No es, sin embargo, el único pensador que pone el foco en esta necesidad de reforma de las sociedades liberales. Robert Bellah y David Selznick estarían abogando por esta misma posición desde el ámbito de la Sociología. Etzioni creó *The Communitarian Network* con sede en la George Washington University, que es una plataforma teórica y política que cuenta con la colaboración de numerosos intelectuales americanos. Es también el director del *think-tank Institute for Communitarian Policy Studies*, que produce algunos materiales escritos y aconseja a algunos políticos relevantes en Washington.

En el ámbito de la Filosofía política académica el comunitarismo se considera como una reacción frente a *A Theory of Justice* (1971) de John Rawls y a las propuestas de Ronald Dworkin, Thomas Nagel y Thomas M. Scanlon. Así ocurre en la obra de Alasdair MacIntyre, Michael Sandel, Michael Walzer o Charles Taylor. Aunque sus obras no son una mera reacción a las tesis de Rawls, sí es esta común oposición lo que permite agruparlas bajo el paraguas del comunitarismo, a pesar de que ninguno de los citados autores se reconocería como comunitarista. Todos ellos en cualquier caso recuperan las perspectivas de Aristóteles y Hegel marginalizando el individualismo derivado de la perspectiva kantiana. Algunos de ellos prefieren seguir considerándose un cierto tipo de liberales, como es el caso de Charles Taylor, quien se define entre el liberalismo y el republicanismo como un liberal «holista». Para este cierto tipo de liberalismo comunitarista, el orden social descansa en un conjunto de valores compartidos que han de ser recuperados en un contexto de vacío moral consecuencia de la cultura individua-

lista y normativista. El comunitarismo, por tanto, reivindica la noción de bien público, frente a la invasión de los derechos. Tanto el liberalismo como el comunitarismo parten de un individualismo metodológico; sin embargo, lo que entienden por individuo es diferente. El individuo del comunitarismo no está «libre de cargas» (*unencumbered*), dirá Sandel, sino que tiene unos fines constitutivos como persona, que no podemos ignorar. Taylor añadirá que la cultura en la que el individuo vive es condición de su autonomía. Dos aproximaciones diferentes al individuo, pero con consecuencias políticas similares. El espacio político, por tanto, se constituye como una «comunidad de comunidades» orientadas a bienes, más que como un contrato entre individuos que comparten unos derechos individuales.

El debate que proponen los comunitaristas puede resumirse en torno a los siguientes ejes: la cuestión del universalismo *versus* las tradiciones; la relación entre el yo y la comunidad; el autogobierno de las comunidades. Efectivamente, el comunitarismo entiende que los estándares de justicia están vinculados a formas comunitarias de vida, es decir, a tradiciones particulares, y no pueden sin más ser traducidos de unas a otras. Tanto McIntyre como Taylor entienden que los horizontes de comprensión en los que se encuentran los individuos no son completamente traducibles. Recupera, por tanto, la idea de tradición, que había sido sepultada con el Antiguo Régimen, en favor de la igualdad ante la ley del movimiento revolucionario. La universalización del lenguaje y la igualdad condujeron al discurso de los derechos universales abstractos para todo hombre, que vino a ser una demanda central de las sociedades liberales. Aspectos de las culturas pueden afectar la priorización de unos derechos sobre otros y también el modo de justificar los derechos. Más incluso, las prácticas culturales diversas pueden ser incorporadas en sistemas legales específicos. Taylor, en este sentido, aboga por el diálogo entre culturas de modo que unas puedan aprender de otras. Él afirma que se puede incluso llegar a un cierto consenso en lo relativo a los derechos humanos básicos, siempre que se acepte una justificación variable.

En lo relativo a relación entre el yo y la comunidad, algunos de los pensadores comunitarios argumentan que la justicia procedimental rawlsiana que adoptan las sociedades liberales descansa, como dirá Taylor, en una idea atomizada de individuo. Sin embargo, no existe en concreto ese individuo sin cualidades, ciego e ignorante respecto de ellas, en la política real, sino más bien un yo emanado de fuentes plurales entre las que se encuentran la familia, la patria, la raza, la religión. Así lo señala Michael Sandel, en *Liberalism and the Limits of Justice*: los individuos participan en la comunidad política como miembros de esta familia o comunidad o de esta nación o pueblo, como portadores de una historia como hijos o hermanos de una revolución determinada, como ciudadanos de una república en particular. El comunitarismo percibe, igual que el liberalismo, el valor de las elecciones para la realización de la propia vida, pero no las toma como posibilidades abstractas, sino como actos de libertad en gran medida ya realizados que, en cuanto tales, encaminan el futuro de la libertad entendido como una búsqueda común de ciertos bienes.

Estas ideas se concretan en una *política del reconocimiento*. Efectivamente, los comunitaristas defienden la idea de la práctica política como una búsqueda de bienes públicos y comunes y no simplemente como una acción limitada dentro de un marco de derechos. Esto implica,

en primer lugar, reconocer los bienes que ya están en juego en las diferentes comunidades, como es el caso de las familias u otras comunidades unidas por algún tipo de lazo: las comunidades de trabajo, los clubes deportivos, las asociaciones culturales, y, por supuesto, la patria. Esas comunidades se consideran ya un bien que cualquier política debe proteger. La educación debe favorecer el reconocimiento del individuo en las relaciones a las que pertenece y que se entienden como extensiones del yo. El ideal político comunitario es el autogobierno. De ahí que las políticas comunitaristas favorezcan la responsabilidad política de los ciudadanos. Una forma de proyectarse esta política del reconocimiento recientemente ha sido el multiculturalismo. Will Kymlicka ha hecho en sus obras propuestas concretas en este sentido. Un buen ejemplo es *Multicultural Citizenship* (1995).

El debate que abrió el comunitarismo ha quedado actualizado en otros términos en la última década, concretamente en el interés por el punto de vista poscolonial. Aunque ciertamente la crítica poscolonial es de aquellos mismos años 90, como se puede ver por el libro de Spivak, *The Post-Colonial Critic* (1990); sin embargo, a comienzos del siglo XXI está siendo reivindicada como una perspectiva transversal en todas las disciplinas. La inclusión del punto de vista de las comunidades que se han entendido como periféricas desde la historia del colonialismo se reivindica como una exigencia en cualquier disciplina. Estas líneas de renovación de la posición comunitarista indican que continúa siendo una posición filosófico-política pujante a comienzos del siglo XXI en el que el liberalismo político sigue mostrando sus carencias a la hora de configurar el espacio político.

BIBLIOGRAFÍA

AVINERI, S.; DE-SHALIT, A., eds.: *Communitarianism and Individualism*. Oxford: Clarendon Press, 1992.

BELL, D.: *Communitarianism and its Critics*. Oxford: Clarendon Press, 1993.

BERTEN, A.; DA SILVEIRA, P.; POURTOIS, H., eds.: *Liberaux et communautariens*. Paris: Presses Universitaires de France, 1997.

ETZIONI, A.: *The Spirit of Community*. New York: Crown Publishers, 1993.

SANDEL, M. J.: *Democracy's discontent: America in search of a public philosophy*. Cambridge: Harvard University Press, 1997.

TAYLOR, C.: «Equívocos: el debate liberalismo-comunitarismo», en C. Taylor, *Argumentos filosóficos*. Barcelona: Paidós, 1995.

Montserrat HERRERO
Profesora de Filosofía Política
Universidad de Navarra

VER TAMBIÉN: CIUDADANÍA / CONSERVADURISMO / IDENTIDADES / INTEGRACIÓN POLÍTICA / LIBERALISMO / MULTICULTURALISMO / NEOCONSTITUCIONALISMO

CONSERVADURISMO

El conservadurismo debe ser distinguido del tradicionalismo y del liberalismo clásico. Por supuesto, nada tiene que ver con el fascismo. Frente al primero, no propugna un regreso al pasado sino una conservación de las tradiciones, siempre reformables. Frente al segundo, rechaza el individualismo, aunque camina un buen trecho con él en la defensa de la libertad y en la crítica del socialismo y del comunismo. Ambos, conservadurismo y liberalismo, defienden la familia, la propiedad privada y los derechos fundamentales de la persona. Además, cuando existe una tradición liberal, como es el caso, la vinculación entre liberalismo y conservadurismo es más estrecha. Y así, puede hablarse de un pensamiento liberal conservador.

Hay un conservadurismo político y cultural. Existe una política conservadora, pero el conservadurismo no es solo una política. El conservadurismo no es una ideología más. Por el contrario, combate a todas las ideologías, en su pretensión de instaurar un orden social perfecto, y se opone, en suma, al racionalismo filosófico y político. Someter la realidad a la razón, que suele ser además una razón particular con pretensiones de universalidad, constituye un error de fatales consecuencias.

La clave del conservadurismo se encuentra en el reconocimiento del valor y el respeto que merece la herencia recibida. El hombre no es un sujeto autónomo abstracto sino el resultado de la obra milenaria de sus antepasados. El hombre no es Adán sino heredero. Y ha heredado todo lo valioso, que debe conservar y mejorar y acrecentar: la familia, la religión, el arte, las instituciones, las costumbres, los valores… También ha heredado lo defectuoso que debe mejorar. Pero toda utopía es un error.

Acaso el origen remoto del conservadurismo político se encuentre en la *Política* de Aristóteles, y en su idea de una ciudadanía basada en la amistad y en la comunidad. El conservadurismo se basa en la necesidad de valorar y conservar lo que tenemos y, en la medida de lo posible, mejorarlo. El vínculo político fundamental es la amistad.

Los valores fundamentales del conservadurismo son la continuidad, el orden y la libertad. El hombre es heredero y tiene derecho a la continuidad. El orden es un valor social fundamental y sin él no es posible la libertad, que también es un valor social fundamental.

La educación conservadora nunca parte de cero. Nada humano lo hace. Lo más importante no se aprende en un manual concebido a la manera racionalista, sino a través de la práctica guiada por un maestro. La enseñanza de un gran cocinero no es comparable a un recetario. No se aprende a pescar sino pescando junto a un experto. El ideal político y social es el que se expresa en la conversación. Aprendemos con un maestro, no con un manual de instrucciones.

Los pensadores conservadores, por ejemplo Michael Oakeshott, creen que en política el modelo racionalista conduce a la utopía, acaso lo más irracional. El racionalista político, y lo son todos los ideólogos, propende a la ensoñación. Y esta, al choque de sueños. Cada cual quiere imponer el suyo. La política de los soñadores conduce al despotismo y a la tiranía.

El sueño de la razón conduce al totalitarismo. El racionalismo político favorece la política de los monomaníacos, soñadores furiosos que tratan de imponer a todos su sueño.

El conservadurismo no se opone a la democracia: por el contrario, constituye una enérgica defensa de la democracia liberal. Pero alerta contra los excesos de la soberanía popular cuando pretende erigirse en criterio moral. El Derecho, y menos aún la Moral, no proceden de la voluntad arbitraria de la mayoría parlamentaria. Existen normas jurídicas previas e independientes a la decisión parlamentaria. Es lo que enseña la tradición de la *common law*. El legislador debe buscar la justicia, pero no crearla a partir de la nada.

El conservador no se opone al cambio, pero invierte la carga de la prueba. Para empezar, no es posible cambiar sin conservar lo que no se cambia. No es posible reformar sin conservar. Quien nada conserva no reforma. El progreso, si se ha de mantener el término, es conservador. Reformar es conservar, al menos en parte, no abolir todo. El conservador invierte la carga de la prueba porque desconfía del cambio. Es quien propugna el cambio el que ha de demostrar que es preferible. Creer que todo cambio entraña una mejora es un prejuicio injustificado. El conservadurismo no pretende volver al pasado ni repudia toda novedad. No se adhiere a la tesis de que cualquier tiempo pasado fue mejor, pero tampoco peor. Habrá que probarlo. Pero la presunción es a favor de lo que ya existe y que, con su mera existencia, ha probado su valor.

El conservador no se adhiere sin más a lo que sucede, no se compromete con las injusticias, pero piensa que el sentido de la justicia se encuentra en los grandes ideales de los pensadores del pasado. La justicia no es una noción abstracta sino una realidad que brota de las enseñanzas de los grandes pensadores y juristas. No es algo que haya que crear de la nada.

Entre sus ventajas no es la menor el hecho de que jamás generará guerras ni revoluciones, dictaduras ni opresiones. Jamás el conservadurismo producirá ninguna forma de totalitarismo. Este es producto, sin duda no querido, del racionalismo político. El conservadurismo es reformista, nunca revolucionario ni reaccionario. El conservadurismo se ha convertido en un gran defensor de la libertad frente a la tiranía totalitaria. No es la menor de sus virtudes la de que nunca conducirá a la abolición de la condición personal del hombre ni al triunfo de una concepción totalitaria de la vida social y de la política. El conservadurismo nunca podrá ser un antihumanismo.

El conservadurismo no entraña un rechazo de la Ilustración, sino de su extravío moderno. Hay en él, en general, una profunda reivindicación del cristianismo. El conservadurismo cultural tiene, a mi juicio, primacía sobre el político, en la misma medida en que la cultura tiene primacía sobre la política.

El conservadurismo constituye una radical y contundente crítica contra la cultura de la modernidad. Clama contra la deshumanización del hombre y la degradación de la cultura en el mundo moderno y reivindica el valor de las viejas ideas, costumbres y creencias. Su principal y más noble misión es la defensa de la civilización occidental y de la cultura clásica. Piensa que mucho es lo que hay que conservar y defender: la filosofía griega, el sentido jurídico de los romanos, la religión cristiana, la ciencia pura, la democracia liberal y la tradición universitaria. Por todo ello es radicalmente crítico con el multiculturalismo y los excesos de la inmigración descontrolada.

Ser conservador es una determinada forma de estar instalado en el mundo. En definitiva, ser persona exige, en alguna medida, la necesidad de ser conservador. Porque ser persona es participar de una tradición, aunque sea para rectificarla o incluso impugnarla. Pero no hay persona sin tradición y comunidad.

NOTA FINAL:

Muchos son los grandes pensadores y artistas que han contribuido a la génesis y desarrollo del pensamiento conservador. Vaya aquí para terminar una nómina necesariamente incompleta: Aristóteles, Burke, Smith, T. S. Eliot, Chesterton, Chateaubriand, Tocqueville, Leo Strauss, C. S. Lewis, Oakeshott, Simone Weil, Allan Bloom, Montesquieu, Ortega y Gasset, William F. Buckley, Russell Kirk, Samuel Huntington, Pierre Manent. Puede encontrarse una excelente introducción al pensamiento conservador en el libro *Conservadurismo*, de Roger Scruton, por lo demás muy notable pensador conservador.

BIBLIOGRAFÍA

Burke, E.: *Reflexiones sobre la Revolución en Francia* (1790). Madrid: Alianza, 2016.
Eliot, T. S.: *La idea de una sociedad cristiana* (1939). Madrid: Espasa-Calpe, 1942.
Oakeshott, M.: *El racionalismo en la política y otros ensayos* (1962). México: Fondo de Cultura Económica, 2000.
Scruton, R.: *Conservadurismo*. Madrid: El Buey Mudo, 2019.
Strauss, L.: *La ciudad y el hombre* (1964). Madrid: Katz, 2006.
Tocqueville, A. de: *La democracia en América* (1835). Madrid: Trotta, 2018.

Ignacio Sánchez Cámara
Catedrático de Filosofía
Universidad Rey Juan Carlos

VER TAMBIÉN: *COMMON LAW* / COMUNITARISMO / DERECHO Y MORAL / HISTORICISMO Y ESCUELA HISTÓRICA / IUSNATURALISMO / LIBERALISMO / LIBERTAD POLÍTICA / REALISMO POLÍTICO / SOCIEDAD CIVIL

CONVIVENCIA

De acuerdo con la *Real Academia Española* (RAE, 2019), la voz «convivencia» significa «acción de convivir» y «convivir» implica «vivir en compañía de otro y otros». En el *Diccionario del uso del español* de María Moliner se afirma que «convivir», del latín *convivĕre*, equivale a «vivir o habitar con otros», pero también se subraya, por un lado, una connotación positiva de la acción al mencionar que «convivir» supone «vivir en buena armonía». Este sustantivo, a su vez, proviene del latín *harmonĭa* y este del griego *harmonía* que apunta a juntura, ensamblaje, y uno de sus significados es «amistad y buena correspondencia entre personas» (RAE). Por otro lado, María Moliner alude también, en su definición, al verbo tolerar, que la RAE define como «respetar las ideas, creencias o prácticas de los demás cuando son diferentes o contrarias a las propias».

De lo anterior se desprende que convivencia no es mera «coexistencia» –que se limita a existir a la vez que otra persona o cosa (RAE)–. La convivencia, «palabra española […] preciosa [que] en muchas lenguas no existe» (Marías, 2000), supone armonía y la promoción de algo que se considera intrínsecamente deseable y, por tanto, es un arte que implica «pensar en el otro con delicadeza y respeto» (Camps y Giner, 2008: 9) y para que la interacción sea posible se requieren unas reglas comunes –legales, morales y culturales– que hagan que los demás se encuentren bien con uno. Estas reglas comunes o normas de convivencia, que es necesario convenir y suscribir, se fundamentan tanto en la aquiescencia y el respeto como en aquellos factores o valores que unen a las personas como son el espacio compartido, el uso de los recursos o los deberes hacia lo común.

El contenido de la convivencia pertenece, en principio, a la Filosofía, pero en tanto metáfora, disposición y expresión pública es un fenómeno que también pertenece a la lengua. Los francófonos hablan de *vivre-ensemble*; los anglófonos de *living-together*; y los que hablan portugués de *viver juntos*. Estas expresiones y sus contextos de nacimiento tienen una carga política a la que se suman formas culturales de sociabilidad. Por tanto, debemos tener en cuenta que para algunos la convivencia puede estar asociada a estilos de vida como puede ser el angloamericano, que prioriza un determinado sentido de bienestar, mientras que para otros, por ejemplo, para la cosmología del buen vivir andino, la convivencia supone una comprensión biocéntrica de la vida. Saber que pueden existir diferentes interpretaciones sobre una misma noción debe ayudarnos a pensarla en términos de pluralidad en un mundo común (Saillant, 2015).

Ahora bien, el vivir juntos conlleva hacerlo con las diferencias y las discrepancias y sabiendo que las sociedades son complejas y en ellas se dan cita diversas perspectivas y puntos de vista. La vida en común no supone unanimidad ni escenarios de ausencia de conflicto; el desacuerdo es inevitable. Como bien señalan Camps y Giner, el vivir en compañía de otros es difícil, especialmente por tres razones: «la primera es que muchos deseamos, con recursos desiguales, los mismos bienes, que son escasos; la segunda, que una parte muy sustancial de la humanidad siente pasión por dominar a los demás; y, la tercera, que con demasiada

frecuencia los criterios egoístas predominan sobre los altruistas» (2008: 20).

Conviene en todo caso dejar asentado que la convivencia sí apuesta por una resolución pacífica de los conflictos. La convivencia alude, afirma el académico y ex alcalde de Bogotá, al «ideal de una vida en común entre grupos cultural, social o políticamente diversos; una vida en común viable» (Mockus, 2002: 19). En consecuencia, la convivencia se construye, no está dada por el simple hecho de vivir en sociedad (Giménez, 2005) y supone armonizar procesos de expansión económica y propagación cultural. Y cuando se construye en contextos de pluralidad, diferencia y diversidad se requiere no solo ser tolerante con las distintas expresiones culturales, sino reconocer que existen razones profundas y convicciones de conciencia que configuran la identidad de las personas. La construcción de la convivencia es una tarea diaria en la que debe aspirarse a reconocer que la diversidad caracteriza a nuestras sociedades y que no es un obstáculo, sino una riqueza: diversidad de culturas, de religiones, de lenguas, de opiniones políticas, de orientaciones sexuales o, simplemente, diversidad en la composición de las sociedades. En la obra *Pourrons-nous vivre ensemble? Égaux et différents* (1997), Alain Touraine reflexionó sobre la convivencia y al plantearse si podríamos convivir con nuestras diferencias, no solo estaba pensando en una pregunta, sino especialmente en un proyecto. Deja clara en su pregunta la condición de convivencia en un marco de igualdad y diferencia.

Puede haber una lectura negativa de la convivencia, aquella que la entiende como ausencia de violencia, negación de la agresión o, desde un plano internacional, como no injerencia por parte de los Estados; pero también le acompaña una connotación positiva que pone el acento «en el reconocimiento recíproco de la condición y los derechos del otro como ser humano, el desarrollo de una perspectiva justa e inclusiva para el futuro de cada comunidad y la implementación del desarrollo económico» (Berns y Fitzduff, 2007). En este sentido, convivir «es acatar reglas comunes, contar con mecanismos culturalmente arraigados de autorregulación social, respetar las diferencias y acatar reglas para procesarlas; también es aprender a celebrar, a cumplir y a reparar acuerdos» (Mockus, 2002: 21).

Esto quiere decir que la convivencia más que ser observada en términos descriptivos, debe ser reconocida desde una dimensión axiológica. Esta dimensión solo puede ser ensayada en contextos abiertos a la pluralidad política, moral y cultural, sin que aceptar la diferencia suponga justificar todo tipo de comportamiento, pero sí reconociendo que «el rasgo verdaderamente esencial de lo que llamamos la sociedad humana es su asombrosa diversidad» (Gellner, 1997: 47). Como bien señalan Giner y Camps, la base ética de la convivencia es el precepto «no hagas a los demás lo que no quieres que te hagan a ti» (2008: 27).

Concluimos con una reflexión de Adela Cortina, de acuerdo con su teoría de la «razón cordial», que rechaza el individualismo extremo y defiende la convivencia. «La categoría básica del mundo social», escribe la catedrática y académica, «no es el individuo, sino el reconocimiento recíproco de sujetos, que se saben sujetos por ese reconocimiento básico. Por eso los cálculos prudenciales de individuos aislados son falsos e inmorales (…) porque no existe el individuo aislado dueño en exclusiva de sus bienes [y] porque carecen de corazón al construirse al margen de la justicia. Esa es la razón por la que proponemos la cordura como virtud

soberana para alcanzar la felicidad». Esa cordura, termina la autora, «que es un injerto de la prudencia en el tronco de la justicia».

BIBLIOGRAFÍA

Berns, J.; Fitzduff, M.: ¿Qué es la convivencia y por qué adoptar un enfoque complementario? Waltham: Coexistence International (Brandeis University), 2007. Documento en línea: <file:///C:/Users/Iwences/Downloads/1281636421. What_is_coex_Spanish.pdf>

Camps, V.; Giner, S.: *Manual de civismo*. Barcelona: Ariel, 2008. 6.ª ed.

Cortina, A.: *Por una ética del consumo. Ética de la razón cordial*. Oviedo: Nobel, 2007.

Gellner, E.: *Antropología y política. Revoluciones en el bosque sagrado*. Barcelona: Gedisa, 1997.

Giménez, C.; Lorés, N.: *Convivencia. Conceptualización y sugerencias para la praxis*. Barcelona: Fundación CIDOB, 2005.

Marías, J.: *Tratado sobre la convivencia. Concordia sin acuerdo*. Barcelona: Martínez Roca, 2000.

Mockus, A.: «Convivencia como armonización de ley, moral y cultura», en *Perspectivas*, XXXII: 1 (2002).

Saillan, F., dir.: *Pluralité et vivre ensemble*. Quebec: Les Presses de l'Université Laval, 2015.

Touraine, A.: *Pourrons-nous vivre ensemble? Égaux et différents*. Paris: Fayard, 1997.

Isabel Wences Simon
Profesora Titular de Ciencia Política
Universidad Carlos III de Madrid

VER TAMBIÉN: CULTURA POLÍTICA / DEMOCRACIA (TEORÍA NORMATIVA) / DIGNIDAD / FILOSOFÍA POLÍTICA / IDENTIDADES / SOCIEDAD CIVIL / TEORÍA POLÍTICA NORMATIVA / TOLERANCIA

CORRUPCIÓN POLÍTICA

Cuando un científico social se enfrenta al concepto de corrupción lo primero que debe hacer es tratar de definir un término tan difuso (Heidenheimer y Johnston, 2002). El uso común del concepto incorpora en su significado actos tan diferentes como el soborno, el fraude, el despilfarro o la ilegalidad. También tiende a centrarse en los actores públicos como sujetos de los actos corruptos. Y, además, a menudo asume implícitamente que siempre hay un incumplimiento legal y un beneficio económico directo motivando su realización. Pero la corrupción puede ser pública, realizada por políticos o por funcionarios; y puede ser privada, tanto en las transacciones de sujetos privados con el sector público como en las transacciones entre privados; entre los privados, lo normal es que se realice por empresas, pero también se puede realizar por personas físicas o por asociaciones u organizaciones no gubernamentales. A veces la iniciativa proviene del actor público, exigiendo pagos por tomar decisiones que favorezcan al extorsionado. A veces es el privado quien trata de comprar decisiones públicas que le favorezcan.

La corrupción puede darse cumpliendo todos los requisitos legales; por ejemplo, hay países donde líderes corruptos cambian las leyes para que casos de corrupción realizados previamente queden impunes. Los beneficios suelen ser económicos, pero también hay abusos sexuales, o trato privilegiado en medios de comunicación, entre otros beneficios. Hay países –muy pocos– donde la corrupción es muy baja y los casos suelen vincularse a las conductas criminales de ciertos sujetos en un entorno limpio. Pero lo normal es que la corrupción sea un fenómeno que afecta a más o menos amplios sectores de la vida política y social. Incluso puede llegar a generar, en combinación con el crimen organizado o grupos insurgentes, que un Estado caiga en la categoría de fallido. En el fondo, la corrupción extensa implica un cáncer social, un fracaso moral colectivo. De ahí que una pregunta clave sea ¿qué es lo contrario de la corrupción? ¿cuál es el valor clave para un buen funcionamiento social que la corrupción ataca? Rothstein y Varraich (2018) consideran que dicho valor es la *imparcialidad*. Ciertamente, la imparcialidad en la formulación de las políticas sería un valor clave de una sociedad democrática; en última instancia, sería deseable que se conocieran y consideraran equitativamente los intereses y opiniones de todos los afectados por la política o programa. Si no se hace así, y se consideraran exclusiva o privilegiadamente los intereses de los que financian las campañas de los políticos o partidos de gobierno, probablemente se estaría generando un bucle de corrupción que, aunque legal, atentaría contra la imparcialidad necesaria para construir una sociedad justa (Mendilow y Phélippeau, 2018; Johnston, 2005). Y desde luego, es esencial en todo Estado la imparcialidad en la implementación de las políticas; de forma que las normas se apliquen considerando tan solo lo que está en la ley, sin que desviaciones derivadas de las afinidades políticas o personales domeñen a la norma. Esta última imparcialidad conecta con la legalidad, la neutralidad política y la objetividad de la Administración.

Llegados a este punto, podríamos usar la definición de Transparencia Internacional (TI) y considerar la corrupción

pública como el abuso del poder cedido fiduciariamente (la ciudadanía entrega poder a los servidores públicos a fin de que lo usen para el bien común) para beneficio privado, directo o indirecto. Pero sin olvidar que la corrupción puede implicar incumplimiento de normas y, también, incumplimiento de los deberes éticos que en una sociedad se consideran relevantes. En ocasiones las normas permiten lo que la ciudadanía no permitiría o, al menos, consideraría reprobable moralmente. Serían corruptas ciertas formas de abuso de poder, con beneficio privado (de cualquier tipo, no solo económico) aunque fueran legales, si son moralmente rechazables (Rose y Peiffer, 2019). Los gobiernos pueden tomar decisiones equivocadas, pero ello no implica de por sí corrupción; para que exista corrupción debería haber abuso de poder y beneficio privado. El despilfarro puede ser corrupto o no, dependiendo del beneficio privado. Y las decisiones como una amnistía fiscal o un rescate bancario pueden ser inmorales en determinados contextos, pero si no hay beneficio privado para los hacedores de políticas no tienen por qué ser corruptas.

Las consecuencias de la corrupción son muy negativas social, política y económicamente. Hay estudios bastante serios que hablan de los efectos negativos de la corrupción sobre el crecimiento; en concreto, recientemente se ha podido demostrar que la corrupción genera un decrecimiento de la renta per cápita de un 17% en 5-6 años cuando un país baja una desviación estándar en el índice de Percepción de Corrupción de TI (unos 19 puntos sobre 100). Estos efectos son más graves en autocracias que en democracias. La corrupción afecta negativamente a la inversión directa extranjera y genera inflación. La corrupción produce indirectamente pérdidas anuales en España de en torno al 1,2/1,5 % del PIB, según otro estudio reciente; otros análisis conectan corrupción con despilfarro y muestran empíricamente tremendas pérdidas para el erario público. Socialmente afecta negativamente al respeto a la meritocracia, favoreciendo la defensa de actitudes clientelares y particularistas. Políticamente incrementa la desafección y la apatía políticas.

Es cierto que es muy difícil medirla rigurosamente. Se han desarrollado diversas estrategias para ello: medir la percepción ciudadana, medir la percepción de los expertos, medir la victimización, medir las causas judiciales por corrupción abiertas y las sentencias firmes, usar los Big Data, etc. Con respecto a la primera, la percepción general de corrupción es muy alta entre los españoles. Pero la victimización (sobornos pagados) es muy baja, como la de Alemania o algunos países nórdicos. La percepción ciudadana de corrupción expresa, probablemente, un hartazgo con la forma en que los políticos rigen el país. Los múltiples escándalos de corrupción que se han sucedido en España, sobre todo a partir del *boom* urbanístico, y que, por desgracia, continúan hoy, han provocado que la legitimidad de nuestras instituciones democráticas fuera seriamente dañada. La diferencia entre percepción ciudadana de corrupción y sobornos realmente cobrados es la más alta de Europa. Esto quiere decir que en la percepción se suma que existe un alto rechazo a la corrupción (entre los tres más altos de Europa), una fuerte desconfianza hacia las instituciones políticas (Gobierno, Parlamento y partidos) y los efectos aún no superados de la crisis económica en los sectores más débiles de la sociedad. De acuerdo al Índice de Per-

cepción de la corrupción de TI (CPI) de 2018 (medición de percepción por expertos), España ocupa la posición 41-44 entre los 180 países estudiados en el CPI de ese año, y, junto con Letonia, se ubica en el puesto número 20 entre los 28 países de la Unión Europea.

Las causas de la corrupción pueden clasificarse en tres tipos (Mungiu-Pippidi y Johnston, 2017). Las estructurales, como la desigualdad, la pobreza o la baja inversión en educación (desarrollo humano); también, el pasado colonial o comunista, o la existencia de violencia y guerra. Las culturales, que esencialmente consideran que la corrupción es efecto de una cultura particularista, en la que las relaciones personales y de clan son más importantes que la aplicación imparcial de la norma; algunos autores consideran también esencial el tipo de expectativas que la sociedad tiene sobre el comportamiento moral o inmoral de sus elites y conciudadanos, pues si se espera de los demás que engañen o incumplan las normas ello genera un círculo vicioso de engaño e incumplimiento para casi todos. Y las institucionales, destacándose que aquellos países que han desarrollado instituciones sólidas de control del poder y de aseguramiento de la imparcialidad son menos corruptos que los que han fracasado en tal control.

Finalmente, hay que reconocer que, a pesar de los progresos en el conocimiento del fenómeno y la inversión internacional en su combate, hasta el momento no se han conseguido resultados muy positivos en su control. La razón fundamental es que no se implementan efectivamente las medidas que serían útiles. En países corruptos, llevar a efecto tales medidas implica pérdida de poder y beneficios por parte de las elites corruptas. De ahí que se saboteen los esfuerzos ejecutores. En países de corrupción media no se suelen desarrollar transformaciones holísticas del sistema, siguiéndose estrategias parciales e inconexas muy a menudo. Pero lo que es cierto es que cuando se toman e implementan las medidas necesarias los cambios se notan. A veces, es verdad que si se lucha en serio aparecen más casos, lo que genera dudas sobre el progreso en la lucha, pero poco a poco el mensaje cala y los corruptos empiezan a analizar costes y beneficios retirándose del mercado si ven que los costes se elevan en exceso. En definitiva, existen los instrumentos esenciales, que se reforzarán con el adecuado uso de la inteligencia artificial: ahora solo falta la voluntad política.

BIBLIOGRAFÍA

Gründler, K.; Potrafke, N.: *Corruption and Economic Growth: New Empirical Evidence*. Munich: IFO Working Paper n.º 309, 2019.

Heidenheimer, A.; Johnston, M.: *Political Corruption: Concepts and Contexts*. New Brunswick: Transaction Publishers, 2002.

Mendilow, J.; Phélippeau, E.: *Handbook of Political Party Funding*. Cheltenham: Edward Elgar Publishers, 2018.

Mungiu-Pippidi, A.; Johnston, M.: *Transitions to Good Government*. Cheltenham: Edward Elgar Publishers, 2017.

Rose, R.; Peiffer, C.: *Bad Government and Corruption*. New York: Palgrave Macmillan, 2019.

ROTHSTEIN, B.; VARRAICH, A.: *Making Sense of Corruption*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

Manuel VILLORIA
Catedrático de Ciencia Política y de la Administración
Universidad Rey Juan Carlos

VER TAMBIÉN: ARBITRARIEDAD / BUEN GOBIERNO / BUENA ADMINISTRACIÓN / CULTURA POLÍTICA / ESTADO DE DERECHO / FINANCIACIÓN DE LA POLÍTICA / GOBIERNO ABIERTO / GRUPOS DE INTERÉS / REGENERACIÓN DEMOCRÁTICA / RENDICIÓN DE CUENTAS / TRANSPARENCIA

CULTURA POLÍTICA

El concepto de cultura política adquirió notoriedad a comienzos de los años 60 del pasado siglo, con la aparición de la obra *La cultura cívica. Actitudes políticas y democracia en cinco naciones*, de Gabriel Almond y Sidney Verba (1963). No obstante, la relevancia de los valores, creencias, orientaciones y actitudes de los ciudadanos para la configuración del sistema político ya había sido apuntada por autores clásicos, desde Aristóteles (libro IV de la *Política*), Tocqueville (*La democracia en América*) o Montesquieu, cuando distingue en el libro III de *El espíritu de las leyes* entre *la naturaleza* del sistema político («lo que le hace ser tal (…) su estructura particular» y *su principio* («lo que le hace actuar (…), las pasiones humanas que le ponen en movimiento»), subrayando la relevancia que este tiene para aquella.

Almond y Verba propusieron un enfoque culturalista para tratar de precisar las variables que propiciaban una democracia estable generadora de buenos rendimientos: buscaban las razones del fracaso de los intentos de *exportación* del modelo de democracia occidental (británico) a los países del Tercer Mundo, en el marco de los procesos de modernización. Para ello definieron la cultura política de una sociedad como «la distribución de frecuencias de distintos tipos de orientaciones cognitivas, afectivas y evaluativas [adquiridas por socialización y experiencias políticas] hacia el sistema político, en general, los aspectos de sus *inputs* y *outputs*, y el propio rol del ciudadano como actor político» (Almond y Verba, 1963: 17). Su análisis empírico de esas orientaciones en cinco países les llevó a concluir que la variable cultural (la *cultura cívica*) era el elemento común de las democracias «exitosas»: la micro-política (conjunto de actitudes, opiniones y motivaciones políticas de la población) explicaba la macro-política (la estructura institucional y el proceso político) y sus rendimientos: «… En otras palabras, el vínculo entre micro-política y macro-política es la cultura política» (1963: 33), y en particular, en una democracia estable y eficaz, una específica configuración de la cultura política, el *modelo de cultura cívica*, en el que las actitudes propias del *modelo participativo* se atemperaban con otras características de los *modelos parroquial* y de *súbdito* (1963: 31).

No obstante, pese a la influencia que adquirió, el modelo de Almond y Verba no explicaba bien ese vínculo entre micro– y macro-política (y cómo se concretaban esas relaciones de causalidad), asumía una concepción «empírica» de democracia, la británica, con la estabilidad como referente ideal, y en la que las actitudes participativas «tenían» que ser equilibradas por otras pasivas y tradicionales propias del modelo *parroquial* (1963: 32). Desde el paradigma neoinstitucionalista se desestimó la validez de la cultura política como variable explicativa del funcionamiento de los regímenes políticos y de su rendimiento, al considerar que los valores son, también, un resultado del contexto institucional (neoinstitucional) en el que afloran.

Años más tarde, Ronald Inglehart (1977; Inglehart y Welzel, 2006) propuso una teoría que ubicaba de nuevo a los valores (el *cambio cultural*) en la base del cambio político y del funcionamiento de la democracia: el incremento del desarrollo económico y la seguridad, la explosión educativa, la expansión de las

telecomunicaciones y la información habrían producido cambios en los valores de las generaciones socializadas en esos nuevos contextos, desarrollándose en sus individuos valores vinculados a necesidades de autoexpresividad, autoestima y autorrealización, así como un incremento de la sofisticación como ciudadanos al haber incrementado sus destrezas y habilidades políticas. Ello generaría cambios *revolucionarios* en el sistema político, transformándolo de forma silenciosa a medida que los valores tradicionales y de supervivencia son sustituidos (por *reemplazo generacional*) por los de carácter secular-racional y de autoexpresividad, de raigambre más posmaterialista (Inglehart, 1977; Inglehart y Welzel, 2006). La propuesta del *cambio cultural* establece una relación de influencia de carácter unidireccional, de la cultura sobre la democracia. Los hallazgos de la teoría del cambio cultural, tras analizar un alto número de sociedades y sistemas políticos (en una perspectiva no determinista ni universalista), han proporcionado a esta teoría notables niveles de aceptación e impacto (Welzel, 2009).

Otra aportación relevante que vigorizó el estudio comparado de la cultura política como variable relevante para explicar el funcionamiento y el rendimiento institucionales es la teoría del *capital social* de Robert Putnam (1993). El componente actitudinal del capital social (redes, normas y confianza sociales) y los valores de auto-expresividad que incluye, surgirían al margen del marco institucional (sin estar causado por este) y tiene un carácter duradero. No obstante, desde el neoinstitucionalismo se considera que el capital social es perfilado por el contexto político-institucional y su funcionamiento (Sabetti, 2009), tesis que Putnam abonará unos años más tarde al analizar el capital social en Estados Unidos en su obra *Bowling Alone* (Putnam, 2000).

Desde otras perspectivas, ha habido otros autores (Bell, Touraine, Habermas, entre otros) que han enfatizado la relevancia que la variable cultural puede tener para explicar el cambio político en las sociedades posindustriales y posmodernas, al entender que ese cambio y «los nuevos conflictos surgen más bien en los ámbitos de la reproducción cultural, la integración social y la socialización; se dirimen en forma de protestas subinstitucionales y, en todo caso, extraparlamentarias; y en los déficits subyacentes a esos conflictos se refleja una cosificación de ámbitos de acción estructurados comunicativamente a la que ya no se puede hacer frente a través de los medios dinero y poder. No se trata primariamente de compensaciones que pueda ofrecer el Estado social, sino de la defensa y restauración de nuevas formas de vida» (Habermas, 1987-II: 555 y 556). La «estructura de la gobernanza sociocultural» (Kitschelt) se ha convertido en un factor relevante para estudiar las transformaciones en el comportamiento de los ciudadanos, los partidos políticos o los movimientos sociales.

Así, pese a la resistencia ejercida desde los postulados neoinstitucionalistas, desde los que se rechaza admitir que los factores culturales no son una consecuencia del contexto institucional (en sentido lato), hoy está considerablemente extendido el convencimiento de que en la explicación del funcionamiento de los sistemas políticos, su estabilidad o transformación –así como de su rendimiento y legitimidad– resulta preciso considerar la variable cultural, esto es, las percepciones individuales acerca de «lo político», su configuración y rendimiento. Sin duda, convendrá seguir analizando y debatiendo acerca de la dirección de la

relación de causalidad entre la micro y la macropolítica. La discusión sobre el potencial explicativo de las actitudes, valores y creencias de los ciudadanos seguirá ofreciendo sugerentes alternativas en el próximo futuro, en especial considerando la relevancia que las «emociones» y la *neuro-política* está adquiriendo en la explicación de los comportamientos individuales. A buen seguro, la variable cultural, las actitudes y opiniones de la ciudadanía –probablemente influidas por el contexto institucional– seguirán siendo un aspecto relevante para explicar el funcionamiento de nuestros sistemas políticos y su rendimiento y legitimidad.

BIBLIOGRAFÍA

ALMOND, G. A.; VERBA, S.: *The Civic Culture. Political attitudes and democracy in five nations*. Princeton: Princeton University Press, 1963.
HABERMAS, J.: *Teoría de la Acción Comunicativa*. Madrid: Taurus, 1987.
INGLEHART, R.: *The silent revolution. Changing values and political styles among Western publics*. Princeton: Princeton University Press, 1977.
INGLEHART, R.; WELZEL, C.: *Modernización, cambio cultural y democracia: la secuencia del desarrollo humano*. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas, 2006.
PUTNAM, R. D.: *Making democracy work*. Princeton: Princeton University Press, 1993.
— *Bowling alone: The collapse and revival of American community*. New York: Simon & Schuster, 2000.
SABETTI, F.: «Democracy and Civil Culture», en C. Boix y S. C. Stokes (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Politics*. Oxford: Oxford University Press, 2009.
WELZEL, C.: «Political Culture», en T. Lanmand y N. Robinson (eds.), *The Sage Handbook of Comparative Politics*. London: Sage, 2009.

Pablo OÑATE
Catedrático de Ciencia Política y de la Administración
Universidad de Valencia

VER TAMBIÉN: BUEN GOBIERNO / CALIDAD DEMOCRÁTICA / CIENCIA POLÍTICA / DESAFECCIÓN POLÍTICA / EMOCIONES POLÍTICAS / GOBERNANZA / GOBIERNO ABIERTO / POLÍTICA / PSICOLOGÍA POLÍTICA / SOCIEDAD CIVIL

DEFENSA (EL ARTE DEL BUEN MANDAR)

No tenemos que buscar en fuentes lejanas la raíz troncal del Arte del Buen Mandar. Lo encontramos muy próximo en el art. 5 de las Ordenanzas de S. M. el Rey Carlos III (1768) de las que hemos bebido todos los que hemos vestido uniforme. «El cabo, como jefe más inmediato del soldado, se hará querer y respetar de él, no le disimulará jamás las faltas de subordinación. Infundirá en los de su escuadra amor al oficio, mucha exactitud en el desempeño de sus obligaciones. Será firme en el mando, graciable en lo que pueda, castigará sin cólera y será medido en sus palabras aún cuando reprenda».

Creo que estas pocas frases, escritas hace dos siglos y medio, hacen vigentes, con igual fuerza que entonces, los conceptos que encierra el ejercicio del mando, recogidos en las artes del mejor mandar, ese verbo que siempre quedará incompleto si no va unido al de servir. El mando es un honor y un privilegio que exige una vocación de servicio para aceptar responsabilidades a las que nunca puede renunciar. El vocablo *servicio* se repite continuamente en nuestras Reales Ordenanzas.

Hacerse querer y respetar es un ideal al que aspira todo ser humano, y muy especialmente el que pertenece a una institución fuertemente jerarquizada, como son las Fuerzas Armadas. Parece difícil de alcanzar cuando se orienta hacia uno mismo, pero asequible cuando se proyecta hacia los demás: querer y respetar a los hombres que manda revierte en que estos lo hagan hacia su jefe.

Ortega supo definir bien el ejercicio del mando: «Mandar no es simplemente obligar ni simplemente convencer, sino una exquisita mixtura de ambas cosas. Solo el subordinado otorga el derecho de mandar a quien le reviste de ejemplaridad». Y yo quiero resaltar que el ejemplo es la forma de mandar a los hombres para que sigan a su jefe sin apenas necesidad de dar órdenes. Francisco Villamartín, gran historiador del XIX, nos dejó escrito: «De todas las tropas, la nuestra es la menos sensible a la elocuencia militar; no quiere otra elocuencia que la de los hechos».

Es oportuno recordar que mandar es decidir entre varias opciones en función de un criterio, en principio técnico profesional, pero siempre condicionado por los valores de cada uno. John Keegan es, a mi juicio, sencillo y profundo: «El ejercicio del mando se centra en el reconocimiento de que no se debe dejar sentir que mueren solos aquellos a quienes se pide que mueran».

El ejercicio del mando implica *soledad*. Buscará los contactos con quienes considere que conocen mejor el tema a resolver, ya sean del escalón superior, del suyo o de los inferiores, pero al final necesita un grado de *independencia para resolver*, para asumir su *responsabilidad*, que nunca puede declinar ni compartir.

La esencia del mando es la acción; estar siempre presente en el momento crítico ya sea en el escenario del conflicto o en el documento a transmitir en cualquiera de las direcciones.

Mandar no es un privilegio, sino un honor y también una carga. Para nuestro antiguo Reglamento de Régimen Interior,

cuyo espíritu sigue vigente, mandar es resolver con calma y sin titubeos. Ejercer la *autoridad* es función indeclinable del mando que no debe edulcorar, especialmente en tiempos en los que se alaba el consenso y llega a producir hasta pudor en situaciones que no son populares. El jefe ha de rechazar con firmeza este sentimiento y nunca plegarse a la popularidad. En todo mando se debe encerrar un *líder* que, en definición muy simple, es quien es capaz de gestionar lo imperfecto transformándolo en una ventaja competitiva (Marcos Urarte).

Tres cualidades se desarrollan en el líder: *Actitud* (Querer), *Conocimiento* (Saber) y *Habilidad* (Conducir, Ejecutar), *Auctoritas* y *Potestas*. El líder se debe enfrentar, dentro de la más rígida disciplina, al poder impuesto; debe tratar de convencer además de vencer. Reafirmará su liderazgo procurando conseguir el apoyo y cooperación de sus subordinados por el prestigio adquirido con su ejemplo, preparación y capacidad de decisión (art. 54 Reales Ordenanzas de 1978).

Quiero señalar algunos puntos que pueden estar malinterpretados o difuminados en la confusa etapa que estamos viviendo:

A) Sigue plenamente vigente el art. 30.1 de nuestra Constitución: Los españoles *tienen el derecho y el deber de defender a España*. Quizás hubo una cierta confusión al quedar suspendido, que no abolido, el Servicio Militar.
B) Con la mundialización de los conflictos, querríamos soldados dispuestos a no solo morir por la Patria, sino también por la Humanidad. Y ello exige una formación muy profunda que hoy estamos lejos de alcanzar. ¿Es una utopía? Hay que intentarlo, teniendo fe en la posibilidad de conseguirlo. Sigue siendo nuestra obligación la defensa de intereses y valores que soportan la dignidad del ser humano. Bueno será reforzar el Derecho Internacional Humanitario, que regula las leyes de guerra (*ius ad bellum* e *ius in bello*: San Agustín, Santo Tomás, Francisco de Vitoria.)

Hay que potenciar la formación integral del militar en todos los escalones. Puede tener que actuar en escenarios donde no se respetan derechos universales y no debe dejarse arrastrar por la barbarie.

Es fundamental que tanto la sociedad como sus Fuerzas Armadas estén convencidas de la *legitimidad* de las acciones por las que lucha o trabaja y que deben apoyar o realizar, dentro o fuera de nuestras fronteras, en solitario o en coaliciones.

El general Miguel Alonso Baquer nos ilustra sobre los términos «querer, saber y poder»: *Querer hacer* expresa la voluntad de vencer que se apoya en última instancia en la *legitimidad* de la causa por la que se lucha y en la solidez del sistema de leyes que sostienen el espíritu. *Poder hacer*: dependerá de los medios disponibles y de la libertad de acción de que dispongamos. *Saber hacer*: capacidad de ejecución

Debemos elevar nuestra autoestima y nivel de ambición. No podemos ignorar nuestros fracasos, pero hay que ponderar más nuestras hazañas.

El derrumbe de ideologías ha producido un peligroso vacío. El Estado del Bienestar no cubre los ideales y parece que nos negamos a proclamar nuestras raíces greco-romanas y cristianas. El vocablo «guerra» ha sido suprimido en las grandes Declaraciones de Derechos de Naciones

Unidas, pero siguen existiendo conflictos que provocan muerte y destrucción. Hay que ser conscientes de amenazas y retos y es bueno recordar a Aristóteles (hacemos la guerra para poder vivir en paz) y el Informe de *BRAHIMI* a las Naciones Unidas (S/2000/809…: La fuerza por sí sola no puede crear la paz, pero puede crear un espacio para construirla en cualquier lugar del planeta).

Para actuar fuera de nuestras fronteras, las unidades reciben una preparación específica para cada escenario y muy centrada en el estudio de la idiosincrasia de la población civil. El contacto con esa población es fundamental y los españoles somos maestros en ello, aceptando el riesgo que supone.

En la guerra asimétrica, irregular, o cualquiera que sea el nombre que le queramos dar, el Ejército solo controla el terreno que pisa. La superioridad tecnológica es necesaria, pero no suficiente. Se presentarán lances dudosos. El que se enfrente a ellos, en el despacho o en el terreno, elegirá lo más digno de acuerdo con su conocimiento y, en casos extremos, con su espíritu y honor.

He aquí unos pensamientos que a mí me hacen reflexionar:

- Sánchez Albornoz: Los españoles somos capaces de concebir grandes ideas que poetizamos, pero tenemos poco interés en ponerlas en marcha.
- Ortega (observador pesimista): Somos en la Historia un estallido de voluntad ciega, difusa y brutal.

Pensamos más en nuestros desastres que en nuestras hazañas. Los mismos poderes que llevan a España a la participación internacional no generan en los españoles el afán por conocerla y el saber cómo influye en sus propios intereses.

La austeridad, individual y colectiva, te posibilita a ayudar a quien lo necesita. Una sociedad que protege al débil, es fuerte. El mejor equipamiento de un Ejército es el amor de su pueblo. En la formación de un futuro mando, tenemos que tener plena conciencia de que será un conductor de hombres. Washington y Wellington: «Para hacer oficiales, hacer antes caballeros». William Hazlitt: «El amor a la libertad es amor al prójimo; el amor al poder es amor a sí mismo».

El santanderino Amós de Escalante supo bien definir el espíritu del Soldado español, de ayer, de hoy y de mañana, que se activa cuando se enfrenta a situaciones extremas: «(…) valeroso y abnegado obedece, pelea, triunfa o muere».

Termino con una afirmación rotunda que repiten con palabras similares nuestros mandos superiores y que comparto totalmente: «El centro del universo es el individuo, y en nuestro Ejército es el soldado (…) y nuestra primera prioridad es su formación, motivación y moral».

A este soldado tenemos que llenar, dentro de nuestro mejor Arte de Mandar, de valores enmarcados en el amor a la Patria, como resaltó nuestro Rey Felipe VI al imponer el Toisón de Oro a la Princesa de Asturias (Humildad, Integridad, Dignidad, Capacidad de Renuncia, Sacrificio, Espíritu de Superación, entrega sin reservas a España y a su pueblo) y que siempre se orientan a la defensa de la Dignidad del Ser Humano.

Puedo asegurar que nuestra Fuerzas Armadas constituyen un sólido bloque en el que sus componentes han de recibir lo mejor de nuestro Arte de Mandar, para ser un vehículo de equilibrio, solidaridad y paz, proyectándose hacia un futuro con ilusión, convencimiento y entusiasmo.

BIBLIOGRAFÍA

KEEGAN, G.: *La máscara del mundo*. Madrid: Ministerio de Defensa, 1991.
MUÑOZ-GRANDES GALILEA, A.: Intervenciones en la RACMYP (publicadas en los Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas).
VILLAMARTÍN, F.: *Nociones del arte militar*. Madrid: Ministerio de Defensa, 1989.

Agustín MUÑOZ-GRANDES GALILEA
Académico de Número de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas
Teniente General

VER TAMBIÉN: CORONA / DIGNIDAD / ESTADO / GUERRA Y CONFLICTO / OTAN / POLÍTICA EXTERIOR DE ESPAÑA / SOBERANÍA

DEMOCRACIA

La etimología («gobierno del pueblo») es acaso el único elemento que no es motivo de discusión ante un concepto ambiguo y polisémico por naturaleza. Objeto de alabanzas retóricas (desde Pericles a Lincoln y tantos otros), la democracia ha conseguido elevarse sobre la confusa polémica de las ideologías para formar parte del Espíritu de la Época: a estas alturas del tiempo histórico aparece como única forma legítima de gobierno. Por eso, dice G. Sartori, es «un sistema que oficialmente carece de enemigos». Sin embargo, el debate alcanza a las propias señas de identidad del concepto: ¿quién forma parte del *demos*? Y, gobierne quien gobierne, ¿cuáles son los límites inherentes al ejercicio del poder?

En el siglo xxi, democracia significa, en lo esencial: soberanía nacional o popular; pluralidad de partidos; elecciones competitivas; instituciones representativas; división de poderes; reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales.

Desde el punto de vista conceptual, es preferible hablar de *democracias* en plural, y no de un modelo único y excluyente, ni siquiera de un «tipo ideal» weberiano. Cabe distinguir, en efecto:

A) Democracia *clásica* y democracia *moderna*. La primera, reflejo de la «libertad de los antiguos» (B. Constant), supone la participación directa del ciudadano en los asuntos públicos y medidas para prevenir la tiranía, como el ostracismo. Es una democracia de identidad, que no admite libertades individuales ni reconoce los derechos de las minorías. Todo ello sin perjuicio de la notable restricción de la ciudadanía, propia de la *polis* griega. Concebida en origen como forma pura de gobierno (sujeta a la ley y no a la arbitrariedad), degenera en democracia radical o demagogia y se matiza desde Aristóteles bajo el nombre de *politeia,* fórmula que conjuga lo cualitativo y lo cuantitativo, iniciando así una fecunda tradición doctrinal sobre el gobierno mixto.
Magnificada siglos después por Rousseau (voluntad general infalible, que no puede ser representada), la democracia clásica parece superada desde el origen del Estado constitucional, donde la ficción representativa hace presente y operante al pueblo o nación, titular de la soberanía. Es ahora una democracia pluralista, que reniega de elementos identitarios y tiene su fundamento en los ciudadanos libres e iguales ante una ley común, servida por instituciones adecuadas para la toma de decisiones.
Desde el siglo xix, democracia se identifica con elecciones (ya en el siglo xx, por sufragio universal y con estricta pulcritud en el procedimiento), instituciones de naturaleza parlamentaria y partidos políticos como reflejo del pluralismo ideológico. No obstante, persisten residuos limitados de participación directa, como el referéndum, la iniciativa legislativa popular, el jurado o las asambleas vecinales. Es significativo el auge en pleno siglo xxi de nuevas teorías participativas, mediante instituciones que no siempre han confirmado las expectativas: revocación de mandatos, presupuestos participativos o democracia digital (*republica.com*). Por lo demás, el muy discutible rechazo

de ciertos populismos a las fórmulas representativas es el gran debate de la teoría democrática actual.

B) Parece ya superada, en cambio, la distinción entre democracia *formal y material,* propia de la literatura marxista del período de Guerra Fría. Formal (o «burguesa») sería aquella que, bajo apariencia de libertad y pluralidad, permitía mantener los privilegios de la «clase dominante». Por el contrario, su concepción material supone trasladar al ámbito socioeconómico la igualdad ante la ley, puesta así al servicio de las «clases menos favorecidas». Algún eco de este planteamiento late en el preámbulo de la Constitución Española de 1978 cuando habla de una «sociedad democrática avanzada». En todo caso, el desarrollo del Estado de Bienestar y la crisis del sistema soviético convierten en obsoleta esta literatura jurídica y política.

C) El tema de nuestro tiempo es el debate sobre democracia *constitucional y radical*. La primera (con matices, «liberal») reconoce límites intangibles al poder del pueblo expresado directamente o en sede electoral. En particular, la Constitución, producto genuino del poder constituyente, con sus notas de superlegalidad formal y material, exige requisitos para su reforma que no están al alcance de mayorías coyunturales. Así concebida, la jurisdicción constitucional, ya sea en formato americano (Marshall) o europeo (Kelsen), actúa como «guardián» de la Norma Fundamental y hace frente al reproche de ser la expresión de un poder «contramayoritario». En fin, son rasgos de identidad de la democracia constitucional los derechos fundamentales como límite del poder, el respeto a las minorías y la garantía de los procedimientos. Su triunfo «universal» desde 1989, con el hipotético «fin de la Historia» de F. Fukuyama, fue desmentido por la realidad, como tantas otras veces. El populismo en sus diferentes versiones proclama teóricamente una democracia sin límites, si bien restringida a un imaginario «nosotros» que excluye a «los otros», sea por razones de origen o de condición social. El sorprendente retorno doctrinal de la contraposición de Carl Schmitt entre «amigo» y «enemigo», sea en versión territorial («los de aquí» y «los de fuera») o social («pueblo» contra «casta»), plantea una vez más el eterno debate acerca de quién forma parte del *demos*.

D) Desde el punto de vista de la Teoría política, cabe concebir la democracia como *agregación de preferen*cias subjetivas objeto de negociación entre élites competitivas o como *búsqueda ideal* de soluciones justas al servicio de la comunidad. Vista desde la Historia de las Ideas, es la fórmula actual de la distinción rousseauniana entre «voluntad de todos» y «voluntad general». La perspectiva realista (J. Schumpeter, R. Dahl, teoría económica de la democracia…) refleja fielmente los hechos: transacción perpetua entre los intereses de partidos políticos y grupos de presión mientras los ciudadanos se sienten ajenos y excluidos de los centros oligárquicos del poder. Carece, sin embargo, del atractivo teórico de la perspectiva idealista, ampliamente preferida por los círculos académicos (J. Rawls, J. Habermas, democracia deliberativa en general…). En cierto modo, la distinción entre democracia como procedimiento y como valor reproduce el mismo contraste ideológico, con un matiz importante: puesto que la democracia excluye la existencia de una verdad única en

régimen de monopolio y exige, por tanto, cierta dosis de relativismo (H. Kelsen), el respeto escrupuloso a las reglas del juego termina por identificarse con una justicia de orden procedimental (de nuevo J. Habermas, y muchos otros). Ello exige, por último, que la regla de las mayorías se aplique solo en su ámbito natural: gobierno de la opinión *(doxa),* susceptible de ser modificada por medios pacíficos en el marco del principio de temporalidad del poder. Si va más allá de estos límites, el peligro de la tiranía mayoritaria (denunciado por los clásicos: Tocqueville, Stuart Mill…) conduce a la democracia «morbosa» (Ortega) que pretende dilucidar mediante el voto cuestiones propias de la ciencia *(episteme)*.

El siglo XXI ofrece nuevos enfoques de la democracia desconocidos por la doctrina clásica. Así, la distinción entre democracias *plenas* e *imperfectas*, muy relevante para la Ciencia Política contemporánea. Los (discutibles) sistemas de evaluación (los más conocidos: *The Economist*, Freedom House) apuntan sobre todo a la existencia de democracias «iliberales» (F. Zakaria) en las cuales no se cumplen las condiciones mínimas para el respeto al pluralismo político. Es significativo que regímenes materialmente dictatoriales pretendan legitimar el poder a través de las urnas, fiel reflejo del triunfo indiscutible de la democracia como fuente de la legitimidad a estas alturas de nuestro tiempo histórico.

Problema relevante es también la relación de la democracia con la globalización y el localismo. Es notoria la buena prensa de la democracia *global* (U. Beck y otros) en el marco de la recuperación superficial de la teoría kantiana sobre la paz perpetua y la república universal. La moda, ya parcialmente superada, de la Gobernanza global y la democracia «cosmopolita» pretende hacer frente al doble reto de la eficacia y la legitimidad. No obstante, mientras los teóricos se esfuerzan en definir niveles y competencias en la *multilevel governance*, asoma en el horizonte el nacionalismo más rancio y potencialmente agresivo.

La insatisfacción con la democracia puramente formal por el lastre que supone el Estado de Partidos derivó hace tiempo en las propuestas de una *strong democracy* (B. Barber) y en la denuncia, a veces poco meditada, de una ideología neoliberal que se combate proclamando el «retorno» de la política (Ch. Mouffe) frente a la prioridad del enfoque economicista. En algún lugar intermedio entre ambos extremos, se sitúan las democracias «con adjetivos»: 1) *Participativa*, un complemento bienintencionado, pero no siempre exitoso de los mecanismos típicos de la representación, con especial énfasis en la transparencia, el buen gobierno y la ética pública. 2) *Deliberativa*, de alto rango teórico, en busca de un sujeto normativo inmaculado capaz de disfrutar en la articulación del interés público y de ser protagonista en una perfecta racionalidad comunicativa, libre de preferencias e intereses (sencillamente irreal, según sus críticos, porque no cabe tal situación ideal de diálogo). 3) En fin, *inclusiva*, cuya seña de identidad es la ruptura en fragmentos de la ciudadanía abstracta que sustenta la teoría democrática convencional. De ahí una doctrina neoestatutaria que proclama la necesidad de cuotas (por razón de raza, sexo u otras) y de compensaciones en favor de grupos desfavorecidos (muy peligrosa para la democracia «genuina», según sus críticos).

Por último, en el terreno de la vida cotidiana, es notorio que vivimos hoy día en

una democracia *mediática*, donde las instituciones actúan como «escenarios» de mensajes dirigidos al consumo del gran público, con especial relevancia de las redes sociales y sus respuestas primarias y urgentes. Las respuestas teóricas (así: democracia «de audiencia», de P. Rosanvallon, y otras) distan todavía de ser satisfactorias.

En último término, nadie garantiza el éxito universal de la democracia constitucional y no cabe descartar una oleada de «quiebras» (J. J. Linz) o «rupturas» (L. Diamond), a pesar de que sus defensores pueden explicar con buenos argumentos que estamos ante la expresión jurídico-política de la sociedad menos injusta de la Historia.

BIBLIOGRAFÍA

Abellán, J.: *Democracia (Conceptos políticos básicos)*. Madrid: Alianza, 2011.
Águila, R. del, y Vallespín, F.: *La democracia en sus textos*. Madrid: Alianza, 1998.
Dahl, R.: *La democracia y sus críticos*. Paidós: Barcelona, 1992.
Held, D.: *Modelos de democracia*. Madrid: Alianza, 1991.
Kelsen, H.: *Esencia y valor de la democracia* (1920). Oviedo: KRK, 2006.
Pendás, B.: *Democracias inquietas*. Oviedo: Nobel, 2015.
Ross, A.: *¿Por qué democracia?* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1999.
Sartori, G.: *Teoría de la democracia*. Madrid: Alianza, 2 vols. 2005.

Benigno Pendás
Académico de Número y Vicepresidente de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas
Catedrático de Ciencia Política de la Universidad CEU-San Pablo
Ex Director del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales

VER TAMBIÉN: CALIDAD DEMOCRÁTICA / CONSTITUCIÓN / DEMOCRACIA (TEORÍA NORMATIVA) / DEMOCRACIA DIRECTA / DEMOCRACIA GLOBAL / DIVISIÓN DE PODERES / ESTADO CONSTITUCIONAL / ESTADO DEMOCRÁTICO / FORMAS DE GOBIERNO / LIBERALISMO / POLÍTICA / POPULISMOS / SISTEMAS POLÍTICOS / TEORÍA POLÍTICA NORMATIVA

DEMOCRACIA (TEORÍA NORMATIVA)

La democracia antigua (cuyo ideal está bien resumido en la oración que Tucídides pone en boca de Pericles) fue una experiencia muy limitada tanto en el espacio como en su duración, a la vez que atada a la evolución de la *polis* ateniense. Y sin embargo ha ejercido una fascinación constante sobre el pensamiento moderno en torno al gobierno democrático, que oscila entre el cauteloso distanciamiento y la atracción. Y así, el parteaguas de la teorización normativa sobre el gobierno democrático podría situarse en la opción entre la democracia de los antiguos y la de los modernos, en los términos ya clásicos en los que lo planteó B. Constant. De esta forma, a un lado se colocaría el sector de la teoría que ve en la democracia el sistema político que busca la maximización constante del autogobierno del pueblo mediante la implicación activa de los ciudadanos en la determinación reflexiva del bien común. Del otro, los que defienden una visión restringida de la democracia, de marcado cariz procedimental, como un conjunto de reglas que determinan el método para que puedan adoptarse decisiones obligatorias para todos con el máximo de consenso y el mínimo de violencia, que funcione incluso con un mínimo de interés y competencia de los ciudadanos.

Los primeros, defensores de una visión extensiva de la democracia (y de la política en general), suelen ser antropológicamente optimistas y éticamente cognoscitivistas: su utopía de fondo es la sacralización de la voluntad y la firme creencia en que esta puede de hecho realizarse mediante la política. En cambio, los que se acogen a una visión restrictiva de lo político, adoptan una postura muy escéptica acerca de la posibilidad del ser humano para conocer verdades últimas, lo que les empuja a centrarse en los procedimientos: su utopía oculta es un mundo político despersonalizado mediante el sometimiento de la voluntad de todos a reglas anónimas.

Es lógico que toda la teorización contemporánea sobre la democracia venga hasta cierto punto determinada por un hecho histórico concreto: el que su marco de referencia sea inevitablemente la política que se hace dentro del Estado nacional, forma hoy todavía predominante de las relaciones verticales y horizontales del poder. Y que el modelo de Estado que ha alcanzado el valor de paradigma para la experiencia democrática (excluyendo sucedáneos irrisorios como la democracia soviética o la orgánica) nace del primitivo Estado de Derecho liberal (basado en la representación o gobierno indirecto) al que se ha superpuesto una democracia social de mercado y un control riguroso de constitucionalidad desde el núcleo de los derechos humanos. Por ello, y aunque la teoría normativa se ocupe del deber ser de la democracia, no puede (ni probablemente quiere) ignorar del todo las constricciones que entraña ese Estado concreto en que opera. Es la interacción inevitable entre el ser y el deber ser. Y, en este sentido, es de destacar que los teóricos de la democracia de cuño procedimentalista (los minimalistas) gustan del marco del Estado constitucional democrático, que aceptan sin dificultad como plasmación histórica del gobierno menos injusto que la humanidad ha conocido. Por el contrario, los teóricos cuyo modelo es la república virtuosa de la ciudadanía activa suelen cuestionar algunos de los dogmas centrales del Estado democrático realmente existente.

Pero vayamos con el contenido de esas dos *main streams* que hemos bosquejado. La primera, la que mejor se adecua al marco de la política realmente practicada en las democracias liberales contemporáneas (por eso a veces es difícil distinguir en sus tesis entre descripción y prescripción) tiene su versión más descarnada en la propuesta de Schumpeter de concebir la democracia como algo parecido a un mercado en el que diversos grupos de políticos profesionales compiten por el voto ciudadano (más bien incompetente) en unas elecciones periódicas que les permitan gobernar. Cualquier referencia a un supuesto *bien común* carece de sentido en el modelo. Más elaborada que esta son las propuestas de Dahl o Bobbio de intentar determinar desde una teoría axiomática los *procedimientos universales* que el proceso de selección de los gobernantes debe observar para poder calificar a un régimen de democrático, cuyo respeto consigue la inclusión en el poder de la pluralidad de grupos y valores existentes en la sociedad. Es una visión que destaca el pluralismo no ya solo como una realidad empírica incuestionable sino como un valor normativo que el proceso democrático debe proteger (sociedad abierta). Igualmente destaca la atención que se presta a las élites (plurales y competitivas) como vectores de la canalización de propuestas que intentan obtener el gobierno y para ello movilizan la opinión pública. Desde una similar comprensión, Sartori se centra en los procesos de adopción de decisiones colectivas y en sus riesgos y costes: la democracia sería el sistema en que las minorías adoptan esas decisiones en procesos de suma positiva que incrementan la posibilidad de que los actos del gobierno se correspondan con los deseos de los ciudadanos.

La propuesta teórica prescriptiva para la democracia de John Rawls renovó en el último tercio del siglo xx el debate sobre la teoría política de raíz moral. Se sitúa desde luego en el marco liberal del consenso colectivo como fundamento de la legitimidad, pero sobrepasa las teorías meramente decisionistas o procedimentales, puesto que pretende establecer las condiciones que debe cumplir un sistema político para ser justo con respecto a todos sus integrantes. Condiciones que va deduciendo analíticamente de un proceso de consenso que el filósofo imagina como sometido a restricciones empíricas y a exigencias racional-pragmáticas. Su filosofía es deontológica puesto que pretende fundar un sistema de derechos y deberes correlativos inspirado por una razón común neutral respecto a las diversas concepciones de lo bueno y que permita superar los resultados de una filosofía puramente utilitarista atenta solo a los resultados del proceso político en términos de satisfacción de intereses. Pero, llamativamente, se edifica sobre el valor de la justicia, no sobre el de lo substantivamente bueno.

La propuesta de Rawls se situaría cerca del punto medio entre procedimentalistas y republicanistas, aunque escorada hacia el lado que comprende restrictivamente la gobernación. Su simétrica del lado más extensivo, sería la de Jurgen Habermas, diseñador del elaborado esquema teórico de la democracia deliberativa, en el que son las condiciones ideales del principio del discurso («solo son válidas aquellas normas en las que todos los afectados puedan consentir como participantes de un discurso racional») las que permiten (y garantizan) encontrar una verdad consensuada para la práctica democrática. Su modelo es cognoscitivista y en teoría se aplica a toda clase de decisiones, aunque se cuida de precisar que los límites liberal democráticos se descubren como insertos en y durante el mismo proceso dialógico reflexivo de

manera inevitable. De deslumbrante belleza, el modelo resulta difícilmente operativo cuando se intenta aplicar en ámbitos más extensos que los grupos pequeños, de manera que queda reducido a un ideal excesivamente etéreo.

Del lado de quienes defienden la visión extensiva de la política como práctica virtuosa que persigue el autogobierno del pueblo se plantean modelos de *democracia fuerte* (Barber) que en teoría permiten superar los límites ominosos que hacen pobre a la liberal (Pateman). Se recurre al redescubrimiento de vetas ocultas del pensamiento político histórico como las del Maquiavelo republicano de los *Discursos* o las de los *diggers* y *levellers* de la Inglaterra de Cromwell, con el trasfondo siempre presente de Rousseau y del Marx teorizador de la Comuna. La democracia directa se prefiere a la representativa, se cuestionan los límites constitucionales a la voluntad popular impuestos por una élite judicial, la reflexión deliberativa mediante jurados o consejos se prefiere a la de unos Parlamentos dominados por partidos e intereses sectoriales, la separación de lo privado y lo público se somete a desconfiado reexamen e impugnación (Ovejero).

Desde otro punto de vista, el *comunitarismo* (Taylor y Sandel) es una teoría moderna transversal a la discusión anterior, que arranca de una crítica filosófica potente a la abstracción con que opera el racionalismo constructivista, y constata que este ha ignorado sistemáticamente la relevancia de los lazos comunales para la fundamentación de prácticas virtuosas. En consecuencia, prescribe un modelo de democracia en el que la conservación de los rasgos culturales supuestamente constitutivos de cada grupo o nación sea tarea obligada del gobierno. Su problema es que con facilidad convierte la conservación en imposición mediante prácticas dudosamente liberales.

Por último, conviene señalar que el *populismo* (de actualidad renovada en este comienzo de siglo) no puede considerarse en propiedad como un modelo prescriptivo de democracia, sino más bien como un estilo peculiar de hacer política dentro de ella. Basada en la extremosa simplificación, la creación discursiva de universos de oposición binaria entre pueblo y élite, y el uso desacomplejado de términos equívocos para agrupar demandas sociales diversas, la práctica populista constituye más bien un caso de degeneración de la democracia representativa (como la demagogia lo fue de la directa) que una propuesta global alternativa.

La teoría democrática afronta hoy dos tipos de cuestionamiento. El primero, interno, es el de cómo justificarse como sistema eficiente de gobierno en unas sociedades cuyos sistemas de comunicación y formación de la opinión se han revolucionado y emocionalizado, con distanciamiento y malestar ciudadanos ante la teatralización de la política. El segundo, externo, lo plantea la posibilidad de que la democracia resulte ser al final una teoría *regional* que no prenda en ámbitos culturales y políticos orientales determinantes para la evolución del mundo. Que el ideal de la autonomía personal como rectora del proceso político haya sido solo una tradición particular de Occidente.

BIBLIOGRAFÍA

Held, D.: *Modelos de democracia*. Madrid: Alianza, 1991.
Rawls, J.: *Teoría de la justicia*. México: Fondo de Cultura Económica, 1985.

Habermas, J.: *Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta, 1998.
Sartori, G.: *Teoría de la democracia*. Madrid: Alianza, 1988.
Dahl, R.: *La democracia y sus críticos*. Barcelona: Paidós, 1993.

José M.ª Ruiz Soroa
Abogado y escritor

VER TAMBIÉN: CALIDAD DEMOCRÁTICA / COMUNITARISMO / DEMOCRACIA / DEMOCRACIA DIRECTA / DERECHOS HUMANOS / ESTADO CONSTITUCIONAL / ESTADO DEMOCRÁTICO / FILOSOFÍA POLÍTICA / IDEOLOGÍAS / LIBERALISMO / LIBERTAD POLÍTICA / REALISMO POLÍTICO / REPUBLICANISMO CÍVICO / SOCIALISMO / TEORÍA POLÍTICA NORMATIVA

DEMOCRACIA CRISTIANA

La Ilustración como sistema ideológico y político se construyó sobre la base de la autonomía del individuo y consiguientemente en contra, o al lado, de cualquier referencia religiosa. Sus manifestaciones en los siglos XVIII, XIX y casi la primera mitad del XX, encontraron en la Iglesia católica un contundente rechazo, traducido en las correspondientes condenas papales de los frutos del sistema: el liberalismo, la democracia, los derechos humanos o la separación de la Iglesia y el Estado. En la segunda mitad del XIX las doctrinas socialistas surgidas bajo la influencia de Karl Marx encontraron por parte de la Iglesia católica idéntica oposición, añadiendo una barrera adicional al comportamiento que eventualmente pudieran adoptar los católicos en la arena política. La generalización del sistema, sin embargo, y una vez superados los aspectos más sangrientos de ambos extremos, condujo a un replanteamiento, por parte de determinados sectores católicos, de la lectura que los nuevos tiempos y las nuevas realidades pudieran recibir desde una conciencia religiosa. Es esa convicción la que se puede considerar como apunte incipiente de la democracia cristiana. Tanto como explorar la manera en la que el católico, sin abandonar sus convicciones más profundas, puede y debe sumergirse en la democracia, en el respeto a los derechos humanos, en las políticas para mejorar el nivel de vida de los ciudadanos, en la pluralidad de opciones ideológicas y religiosas y en las respectivas autonomías del poder temporal y el religioso.

Una variante de tales actitudes se encuentra en el «Partido del Centro» o *Zentrum* en Alemania que desde mediados del XIX hasta la llegada de Hitler al poder en 1933 jugó un papel determinante en la vida política alemana, situándose entre la izquierda de la socialdemocracia y la derecha del liberalismo y alentando en su amplio seno una notable y no siempre funcional pluralidad de opciones. Fue un claro antecedente de la posterior democracia cristiana concebida como «partido de los católicos», tanto en sus mejores consecuciones como en sus más dudosas y divisivas alternativas.

Es la Europa posterior a la Segunda Guerra Mundial la que contempla la mejor época de la democracia cristiana y de los partidos políticos que se reclaman de su ideología. En la vertiente occidental del devastado continente, cuando las necesidades de reconstrucción económica se suman a las cautelas impuestas por el comienzo de la Guerra Fría, la propuesta demócrata cristiana, que tiene el apoyo americano y que ofrece grados razonables de mejora económica y concordia civil, encuentra un eco mayoritario en Alemania, en Italia, en Francia, en Bélgica, en Holanda y en Luxemburgo. Y la propuesta política nacional se ve acompañada por el impulso dirigido hacia la unificación europea. Ambos encarnados por personajes clave de la vida pública y de la historia europea entre los años cuarenta y setenta: Konrad Adenauer en Alemania, Alcide de Gásperi en Italia, Robert Schumann en Francia y, en una generación posterior, Leo Tindemans y Wilfried Martens en Bélgica y Ruud Lubbers en Holanda. Son esos partidos democristianos formaciones transversales, que no renuncian a las convicciones originarias, pero demuestran capacidades de compromiso con otras formaciones partidistas a izquierda y a derecha, firmemente ancladas en el proyecto europeísta y en

la Alianza Atlántica, convencidas demócratas y capaces al mismo tiempo, en grados diversos, de mantener una relación fluida con el Vaticano y sus orientaciones doctrinales. La Iglesia había ido suavizando sus reclamaciones frente a los nuevos tiempos y sus consecuencias. Cualquier reticencia que al respecto pudiera todavía existir, tanto la Encíclica *Pacem in Terris* en 1963 como en 1965 el Concilio Vaticano II, en su constitución *Gaudium et Spes*, acabaron por disiparlas. La Iglesia abandonaba cualquier pretensión cesaropapista; se trataba de proclamar la existencia de una «Iglesia libre en un Estado libre»; la democracia representativa era plenamente concorde con los mandatos evangélicos y los derechos humanos eran conformes con el espíritu fundacional cristiano. Y a su vez, los partidos democratacristianos dejaban de considerarse «partidos confesionales», situados a las órdenes de la jerarquía eclesiástica.

Parecido y fuerte desarrollo tuvieron los partidos democristianos en Iberoamérica a partir de los años cincuenta del siglo XX. Para la mayoría de los países del hemisferio, que no terminaban de cerrar sus épocas dictatoriales para verse abocados a entrar en ciclos revolucionarios, la oferta de una formación política centrista, respetuosa con los procedimientos democráticos y empeñada en mejorar la situación económica de la ciudadanía, en un contexto global de búsqueda de la estabilidad, abría posibilidades esperanzadoras, como vinieron a demostrar padre e hijo Eduardo Frei y Patricio Alwyin en Chile, Rafael Caldera y Luis Herrera en Venezuela, Napoleón Duarte en El Salvador, Ricardo Arias Calderón en Panamá y, más tarde, en México, Vicente Fox y Felipe Calderón.

En España, los comienzos de la oferta democristiana deben situarse en las iniciativas del que fuera cardenal Herrera Oria, fundador del diario católico *El Debate* y promotor de la Asociación Católica Nacional de Propagandistas, dirigida a propiciar la presencia de los católicos en la vida pública. A ello respondió durante la Segunda República la Confederación Española de Derechas Autónomas (CEDA), dirigida por José María Gil-Robles, que en la posguerra seguiría encabezando propuestas democristianas de marcado carácter antifranquista, coincidiendo en ello con su antiguo correligionario Manuel Jiménez Fernández y, más tarde, con Joaquín Ruiz-Giménez. Se movían en un abigarrado panorama político cristiano, en el que existían posturas colaboracionistas con el Régimen y otras abiertamente contrarias a él, muchas de ellas conviviendo en la ACNP. Al fallecer Franco, las dispersas opciones democristianas optaron por caminos contrapuestos. Unos, bajo la dirección de Gil-Robles y Ruiz-Giménez, concurrieron a las primeras elecciones democráticas en 1977, con resultado ampliamente negativo. Otros decidieron integrarse en la Unión de Centro Democrático (UCD), encabezada por Adolfo Suárez e integrada por corrientes variadas, que oscilaban desde el liberalismo clásico hasta el tardo franquismo reformista. Al desaparecer la UCD en 1982 otra pequeña formación democristiana, el Partido Demócrata Popular/ Democracia Cristiana se unió a la Coalición Popular que presidía Manuel Fraga, pero cuando intentó la navegación en solitario corrió la misma suerte del equipo dirigido por Gil-Robles y Ruiz-Giménez. El PDP/DC acabó integrándose en el entonces recién nacido Partido Popular, amplia combinación de corrientes afines dirigida por José María Aznar, que acogió y dio recorrido al «humanismo cristiano», señal de identidad de los supervivientes del naufragio.

Los partidos democristianos han prestado especial atención a su proyección inter-

nacional, canalizada a través de agrupaciones regionales en Europa y en Iberoamérica y, en la esfera global, a través de la Internacional Demócrata Cristiana (IDC). Esas organizaciones han sido favorecidas en Europa por el proceso de integración continental y la existencia del Parlamento Europeo, en el que el Partido Popular Europeo (PPE), integrado por fuerzas democristianas y afines, ha venido siendo durante años la fuerza mayoritaria. Pero tanto en Europa como sobre todo en Iberoamérica, es perceptible una difuminación de lo que en su momento fuera amplia oferta democristiana. La progresiva secularización de la sociedad internacional ha rebajado la adhesión a propuestas confesionales. En ello también ha concurrido la Iglesia católica, poco partidaria de contemplar ofertas políticas que presuman de su vecindad. La noción del «partido de los católicos» ya no corresponde a la realidad plural a la que se enfrenta el ciudadano, sea cual sea su creencia religiosa. Y las formaciones democristianas de antaño han modificado su composición para integrar a elementos que comparten ideas y fines pero que provienen de diferentes orillas. Todo ello ha quedado reflejado en el sutil cambio sufrido por las siglas de la Internacional Demócrata Cristiana, que, sin alterar las mayúsculas, ha pasado también a ser la Internacional Demócrata de Centro.

No cabe con ello dar por terminada una notable historia. Que cabría resumir en unas claras afirmaciones: la adhesión sin matices a la democracia parlamentaria, la práctica de la economía social de mercado y la firme aplicación del principio de subsidiariedad.

BIBLIOGRAFÍA

Alzaga, Óscar: *La primera Democracia Cristiana en España*. Barcelona: Ariel, 1973.
Maritain, Jacques: *Humanismo Integral*. Madrid: Palabra, 1999.
Rupérez, J.: *La mirada sin ira*. Córdoba: Almuzara, 2016.
San Miguel, E.: *El siglo de la Democracia Cristiana*. Madrid: Dykinson, 2006.
Tussell, J.: *Historia de la Democracia Cristiana en España*. Madrid: Sarpe, 1974.

Javier Rupérez
Académico correspondiente de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas
Embajador de España
Fue presidente del Partido Demócrata Popular y secretario general y presidente de la IDC

VER TAMBIÉN: COMUNITARISMO / CONSERVADURISMO / DEMOCRACIA / DERECHO Y MORAL / IDEOLOGÍAS / LIBERALISMO / LIBERTAD RELIGIOSA / SOCIALISMO / TRANSICIÓN DEMOCRÁTICA

DEMOCRACIA DIRECTA

El concepto de *democracia directa* se identifica, originariamente, con una forma de Estado en la que todas las decisiones políticas son tomadas por los ciudadanos, sin intermediación, a través de una asamblea. En este sentido, la *democracia directa* se opone a la *democracia representativa*, en la que los ciudadanos participan en la decisión política a través de una clase gobernante que ejerce el poder en nombre de los gobernados. También, en este sentido, se identifica con los conceptos de *democracia pura, democracia radical* o *democracia de identidad*. El ejemplo práctico de dicha fórmula es la democracia ateniense que se inicia con las reformas de Clístenes (507 a. C.) y llega al año 338 a. C.

No obstante, en la actualidad, el concepto de *democracia directa* se identifica con una técnica de participación del pueblo en las decisiones políticas, sin intermediarios, complementaria a la participación a través de representantes y siendo su manifestación más paradigmática el referéndum. En este sentido, es más correcto hablar de *técnicas de democracia directa*.

Desde la perspectiva dogmática, inicialmente los teóricos de las Revoluciones burguesas contraponen el concepto de *democracia directa* al de *democracia representativa*, como si se tratara de dos formas alternativas e incompatibles entre sí. En este contexto, mientras Montesquieu fue férreo defensor de la democracia representativa al considerar que el pueblo sabe escoger personas a quienes debe confiar su autoridad, pero es incapaz de ejercitarla por sí mismo, Rousseau se convirtió en el paladín de la democracia directa al establecer que la voluntad de un Parlamento no es la voluntad de un pueblo, porque «la soberanía no puede ser representada». Esta contraposición radical entre *democracia representativa* y *directa* desaparece, sin embargo, en los textos constitucionales resultantes de las Revoluciones burguesas, donde la democracia directa se empieza a identificar con una técnica más de participación de los ciudadanos.

En el continente americano, las declaraciones de derechos en las primeras Constituciones estatales expresamente reconocían que «todo el poder político se constituye y deriva exclusivamente del pueblo» y que el pueblo tiene «un incontestable, inalienable e inanulable derecho a reformar, alterar, o totalmente cambiar» el gobierno. De hecho, el referéndum relativo a la elaboración y reforma constitucional fue un rasgo esencial del constitucionalismo de los Estados miembros de Estados Unidos desde el comienzo. En 1778 los ciudadanos del Estado de Massachussets, integrados en sus respectivas asambleas locales, fueron convocados para pronunciarse sobre la ratificación de un proyecto de Constitución elaborado por la Asamblea legislativa del Estado. Es el primer referéndum constitucional. Los referéndums para aprobación de Constituciones se repitieron en los Estados de New Hampshire (1784), Connecticut (1816), Maine (1819) y New York (1821). En la década de los treinta del siglo XIX ya se había estandarizado el referéndum como forma de participación directa de los ciudadanos para ratificar y reformar Constituciones. Se parte de la premisa de que la representación es un mal necesario y el sistema representativo debe incluir instrumentos de democracia directa siempre que sea posible como forma de control.

En el continente europeo, en 1789 la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano recoge la idea de la compatibilidad de la participación directa con la representativa al señalar que: «La ley es expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen el derecho de participar personalmente, o por medio de sus representantes, en su formación». El referéndum como elemento de control será defendido por Condorcet en el proyecto girondino de Constitución en 1793 y en Francia será la Constitución jacobina de 1793 la primera ratificada por los ciudadanos franceses mediante referéndum.

Sin embargo, entendida ya la *democracia directa* como una forma o técnica participativa más, tuvo durante el siglo XIX un carácter muy residual. De hecho, la experiencia francesa en materia de referéndum en los años posteriores a la Revolución de 1789 hizo que el referéndum perdiera todo su atractivo, incluso en Francia, a lo largo de todo el siglo XIX. Aunque en los años 1840 y 1860 el referéndum fue usado para conseguir la reunificación de Italia, solo en Suiza se comenzó a incorporar la institución como elemento de contrapeso de la representación parlamentaria. A salvo de este caso y del referéndum constitucional de los Estados en los Estados Unidos, el triunfo de la participación del pueblo a través de la representación política fue un hecho durante el siglo XIX. Desde entonces, todas las democracias son representativas. También Suiza, donde aproximadamente el 93 % de las leyes formalmente sujetas a la opción del referéndum son aprobadas exclusivamente por el Parlamento.

Si todas las democracias son representativas, actualmente carece de sentido hablar de la democracia directa como una alternativa –inexistente– a dicha democracia representativa. La representación es hoy un elemento intrínseco de toda democracia, ya que «resulta necesaria, e incluso ineludible, la existencia de órganos de dirección que actúen por sí mismos y que, en esa medida, habrán de tener un carácter representativo» (Böckenförde, 2000: 142-143). Su imprescindibilidad, tal y como adelantaría Benjamin Constant, deriva de ser la traducción política del principio de división del trabajo. Es la representación la que nos garantiza nuestra libertad como modernos:

De ahí, señores, la necesidad del sistema representativo. El sistema representativo no es otra cosa que una organización con cuya ayuda una nación descarga en algunos individuos lo que ella no puede o no quiere hacer por sí misma. […] El sistema representativo es una procuración dada a un cierto número de hombres por la masa del pueblo que quiere que sus intereses sean defendidos y que no obstante no tiene tiempo de defenderlos él mismo.

Por ello, el concepto actual de democracia directa ya no se identifica con una forma de Estado, sino con una técnica más de participación. En palabras de Norberto Bobbio, la democracia representativa y la directa no son dos sistemas alternativos, «en el sentido de que allí donde existe uno no pueda existir el otro, sino que son dos sistemas que pueden integrarse recíprocamente» (1986: 60-61).

En la práctica constitucional, la participación directa del pueblo en la decisión política, fundamentalmente realizada a través del referéndum, es decir, la democracia directa, constituye una forma complementaria de participación política en todas las democracias contemporáneas. [Así, en la Constitución Española, iniciativa legislativa popular (art. 87.3); referéndum (art. 92 y otros); concejo abierto (art. 140)].

En los Estados de los Estados Unidos, además del referéndum constitucional, al comienzo del siglo XX el partido progresista propondría el referéndum legislativo, la iniciativa popular vinculada al referéndum o la revocatoria de mandato en su programa electoral como *checks and balances* que permitirían el control efectivo sobre los representantes políticos. Desde entonces, la democracia directa se entiende en el ámbito estatal como un elemento constitutivo de la propia idea democrática.

En el continente europeo, la previsión de referéndums constitucionales y legislativos y de las iniciativas populares en los cantones suizos durante el siglo XIX se convirtió en algo natural y que progresivamente se incorporaría en la Constitución federal suiza. Tras la experiencia suiza durante el siglo XIX, en el resto de Europa, con la llegada de la democracia de masas y la profunda crisis del parlamentarismo de comienzos del siglo XX, el referéndum se comienza reconociendo en los sistemas democráticos no como alternativa a la democracia representativa, sino como complemento de la misma. Ejemplo paradigmático de esta tendencia fue la Constitución de Weimar de 1919. El constitucionalismo europeo de la segunda mitad del siglo XX introduce ya de manera generalizada la democracia directa como forma complementaria de participación política (por ejemplo, Italia, Francia o el caso citado de España).

BIBLIOGRAFÍA

Bobbio, N., *El futuro de la democracia*. México: Fondo de Cultura Económica, 1986.

Böckenförde, E. W., *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Madrid: Trotta, 2000.

Garrorena Morales, A., «Democracia directa», en Aragón Reyes, M. y Aguado Renedo, C. (coords.). *Temas básicos de Derecho Constitucional. Tomo I,* Pamplona: Thomson Reuters-Civitas, 2011.

Véanse también los textos clásicos citados de Constant, Montesquieu y Rousseau.

Eva Sáenz Royo
Profesora Titular de Derecho Constitucional
Universidad de Zaragoza

VER TAMBIÉN: CALIDAD DEMOCRÁTICA / DEMOCRACIA / ESTADO DEMOCRÁTICO / FORMAS DE GOBIERNO / GOBIERNO ABIERTO / PARTICIPACIÓN POLÍTICA / PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO / REPRESENTACIÓN POLÍTICA

DEMOCRACIA GLOBAL

El término «democracia global» apela a una diversidad de significados que incorporan también planteamientos teóricos diferentes e incluso propuestas de acción política para promover transformaciones democráticas en el ámbito global. Entre esos significados cabe destacar dos. El primero de ellos se basa en la consideración de la democracia global desde la perspectiva del impulso a la democratización de Estados autoritarios, a la extensión global de la democracia. El segundo, parte de un objetivo más ambicioso, la democratización plena del planeta con la creación de instituciones de gobernanza global que respondan a criterios democráticos, tales como una asamblea mundial que represente directamente al conjunto de la ciudadanía de la tierra. Es este último uso del término el que podríamos considerar como democracia global en sentido estricto, porque intenta conectar el concepto de democracia con la globalización, superando las fronteras del Estado y promoviendo nuevas formas de gobernanza acordes con la reordenación del poder que se ha generado a partir de dicha globalización. En efecto, siendo los problemas actuales esencialmente globales, imposibles de abordar con eficacia en muchos casos desde las instituciones estatales, parece razonable que se planteen fórmulas orientadas a hacer posible soluciones globales que resulten compatibles con la idea de democracia.

Hay, sin embargo, algunas cuestiones previas que convendría abordar para determinar si realmente es viable o no una democracia global así entendida, con la creación de instituciones de gobernanza que permitan racionalizar de algún modo el proceso de globalización y controlar a los agentes globales que se han desarrollado al margen del Estado y que actualmente representan una gran parte de las amenazas que se ciernen sobre los derechos y libertades de la ciudadanía. El punto de partida es que la globalización ha debilitado a los Estados y con ello ha generado una pérdida importante de democracia interna, en la medida en que las decisiones que se adoptan por las instituciones estatales están condicionadas por agentes externos con capacidad para limitar sus políticas, especialmente en la vertiente económica. La «tercera» globalización está transformando el mundo que hemos conocido hasta ahora y generando nuevos paradigmas y pautas culturales cuyo alcance se redefine a través de los avances tecnológicos y los impulsos económicos. La aceleración del tiempo histórico y la ampliación del espacio público generan nuevas condiciones para el ejercicio del poder político y también para la expresión democrática de las sociedades, que superan las fronteras del Estado, a las que se ha vinculado genéticamente la noción de democracia en la época moderna.

Por otro lado, siendo la democracia un concepto modelado por la historia, no cabe descartar nuevas fórmulas de democracia más allá del Estado y, de hecho, existen ya en procesos de integración supranacional como el europeo, por más que esa democracia no sea plenamente equiparable a la estatal en su condición de democracia pluralista. Sin embargo, para determinar si es posible o no una democracia global, lo primero que tenemos que plantearnos es de qué estamos hablando cuando utilizamos el término «democracia», del mismo modo

que cuando se habla de una Constitución global es necesario definir previamente el término «Constitución» para no terminar aplicándolo a cualquier reglamento de administración interna de una organización internacional, por ejemplo, desnaturalizando así su sentido histórico, su valor y su esencia. En el mundo moderno, la democracia va unida intrínsecamente al constitucionalismo, a pesar de que en su origen impusiera unas condiciones oligárquicas de ejercicio del poder político a través del sufragio censitario. En el desarrollo actual del constitucionalismo, la democracia no se entiende simplemente como expresión de la voluntad de la mayoría, sino que está vinculada a condiciones estructurales de ejercicio del poder que se establecen por medio de las Constituciones. Esas condiciones estructurales expresan la necesaria conformación democrática de esa norma para poder cumplir sus funciones y la inevitable constitucionalidad de la democracia.

La democracia requiere control del poder, garantía de los derechos y un marco normativo constitucional que haga posible la articulación del pluralismo social y político y la canalización de los conflictos por medio del Derecho. La democracia que se ha desarrollado y ha madurado dentro del Estado nacional hasta dar lugar a la época dorada del constitucionalismo, en la segunda mitad del siglo XX, es una democracia constitucional, y es ese concepto de democracia del que debemos partir para analizar si es viable una democracia global. La democracia constitucional parte del reconocimiento del pluralismo y su articulación a través de instituciones representativas y de un sistema de derechos fundamentales que contribuyen a configurar un espacio público común. No se puede hablar de democracia sin derechos y sin libertad, como tampoco sin límites al poder político de la mayoría que garanticen plenamente esos derechos. Por tanto, para llegar a una democracia a nivel global no sería suficiente con una asamblea que representara al conjunto de la población mundial si no se dan las otras condiciones necesarias para la democracia. La mera elección de representantes no es suficiente si no se garantizan los derechos, se establecen límites políticos y jurídicos al poder y se define una estructura institucional que, más allá de una asamblea, configure un orden constitucional en el seno del cual la democracia pueda desenvolverse.

Partiendo de esas condiciones inherentes al concepto de democracia tal y como se ha desarrollado en el seno del constitucionalismo, cabe plantearse si se podrían dar con carácter global hasta el punto de hacer viable una democracia en ese nivel. La respuesta es indudable si tenemos en cuenta que la mayor parte de la población mundial vive bajo regímenes políticos que en modo alguno pueden calificarse de democracias. Una democracia global es una utopía a muy largo plazo y lo sería incluso si todos los Estados del mundo tuvieran sistemas democráticos. El componente nacional seguiría siendo un factor muy importante a efectos de un proceso de adopción de decisiones que refleje la idea de una ciudadanía universal. Una comunidad política cosmopolita en la que se puedan integrar las diferentes sociedades del planeta de modo armónico, sin que el factor nacional suponga una distorsión a la hora de expresarse en procesos electorales universales, parece muy alejada de la realidad de nuestro tiempo y de la de un previsible futuro. La democracia pluralista tal y como la conocemos exigiría de una articulación del pluralismo político y el pluralismo territorial a nivel mundial que hoy por hoy parece inviable.

Por lo que se refiere a la democracia global considerada desde la perspectiva de la promoción de la democracia dentro de los Estados a nivel mundial, la situación actual no es muy esperanzadora. En términos generales estamos viviendo procesos de involución democrática, con el retorno a planteamientos previos a la democracia constitucional que defienden la voluntad sin límites de la mayoría, desprecian los derechos de las minorías (que a veces son mayorías sociales, aunque no configuren mayorías de gobierno) y cuestionan la labor de los tribunales constitucionales y el propio orden constitucional. En gran medida, esas tendencias reflejan las dos grandes crisis del constitucionalismo en el siglo XXI, que están afectando a la democracia desde fuera (por medio de las condiciones externas que agentes globales imponen a las políticas económicas del Estado) y desde dentro (a través de la interferencia de las compañías tecnológicas, especialmente de las que gestionan redes sociales, en la comunicación política y en los procesos electorales). En última instancia, estamos asistiendo a una deslegitimación progresiva de la Constitución y de la democracia en favor de las dos grandes fuentes de legitimación del siglo XXI: la economía y la tecnología. Frente a las limitaciones de la democracia estatal y la imposibilidad de una democracia global, nos queda la esperanza de la democracia supranacional, mediante el desarrollo de una auténtica democracia pluralista a nivel europeo.

BIBLIOGRAFÍA

Balaguer Callejón, F.: «Constitución y Estado en el contexto de la integración supranacional y de la globalización», en M. Carbonell, *et al.*, coords., *Estado constitucional, Derechos humanos, Justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*. México: UNAM, 2015.

— «Las dos grandes crisis del constitucionalismo frente a la globalización en el siglo XXI», en *Nomos | Le attualità nel diritto*, 2 (2018).

— «Constitution, démocratie et mondialisation. La légitimité de la Constitution face à la crise économique et aux réseaux sociaux», en AA. VV., *Mélanges en honneur de Dominique Rousseau*. Paris: Lextenso, 2019.

Häberle, P.: «El Constitucionalismo Universal desde las Constituciones parciales nacionales e internacionales. Siete Tesis», en *Direito Público*, 54 (2013).

Patomäki, H; Teivainen, T.: *Democracia global*. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2008.

Francisco Balaguer Callejón

Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada

Jean Monnet Professor ad personam of European Constitutional Law and Globalization

VER TAMBIÉN: BUEN GOBIERNO / CONSTITUCIONALISMO MULTINIVEL / DEMOCRACIA / ESTADO DEMOCRÁTICO / GOBERNANZA / MULTICULTURALIDAD / NACIONES UNIDAS / **PANDEMIA: PERSPECTIVA INTERNACIONAL** / **PANDEMIA: PERSPECTIVA POLÍTICA** / PROGRESO / SOCIEDAD INTERNACIONAL / TEORÍA POLÍTICA NORMATIVA

DEMOGRAFÍA

La Demografía es la ciencia que tiene por objeto el estudio de las poblaciones humanas: su dimensión, su evolución, sus estructuras y sus características. La base de análisis es un determinado territorio, su enfoque fundamentalmente estadístico y su dimensión temporal un momento determinado del tiempo o un periodo, más o menos largo.

Se trata de una ciencia multidisciplinar en la que convergen saberes de materias como la Sociología, la Economía, la Geografía, la Medicina, la Antropología y otras. No obstante, tiene carácter autónomo, métodos propios y formulaciones teóricas específicas, todo lo cual le da ese carácter de auténtica disciplina científica.

Aunque las preocupaciones demográficas son tan antiguas como la humanidad, solo adquiere carta de naturaleza en el siglo XVII con la obra del inglés John Graunt que, junto a Thomas Robert Malthus, son los padres de la Demografía. La obra fundamental de este último, titulada *Ensayo sobre el principio de la población*, publicada en 1798, inicia una etapa de reflexión demográfica, particularmente centrada en el estudio de la relación entre población, recursos y medio ambiente que ha llegado hasta nuestros días y aún se proyecta hacia el futuro.

El desarrollo de la ciencia, relativamente joven, se produce a medida que las cuestiones de población van adquiriendo importancia y, en paralelo, a la disponibilidad de nuevas fuentes que permiten un estudio riguroso de los hechos demográficos. Desde finales del XVIII y a lo largo del XIX se produce la gran revolución demográfica de la era moderna que afecta a las naciones que hoy llamamos desarrolladas. El principal factor desencadenante fue la caída de la mortalidad, primero la epidémica y después la general e infantil, lo cual permitió a las naciones afectadas experimentar un fuerte crecimiento poblacional. Después, estos países sufrieron una caída de la natalidad, lo cual redujo ostensiblemente su aumento en la segunda mitad del siglo XX. Pero desde los años posteriores a la Segunda Guerra Mundial, tomaron el relevo del crecimiento las naciones del mundo en desarrollo con incrementos muy fuertes (explosión demográfica) que repercutieron sobre el aumento del conjunto de la población del planeta. Ese proceso nos ha llevado a casi 7.700 millones de habitantes a mediados de 2019. Desde inicios del siglo actual, la reducción de la natalidad ha comenzado a afectar a los países en desarrollo que, al menos en términos relativos, ya no crecen como lo hacían en la segunda mitad del siglo XX. No obstante, la inercia demográfica va a producir todavía fuertes incrementos a lo largo de esta centuria. En 2050 habrá 9.700 millones de personas y a finales de siglo alrededor de 11.000 millones, si bien esta es una cifra a manejar con precaución dada la distancia temporal que nos separa de ese momento.

Como todas las disciplinas, la Demografía tiene subdivisiones internas que responden a enfoques y aproximaciones diferentes, aunque complementarios. Así, por ejemplo, la Demografía cuantitativa se centra en las aproximaciones numéricas y la cualitativa en el análisis de los rasgos (económicos, culturales, sociales etc.) de los habitantes. Otra aproximación responde a la dimensión temporal

de los fenómenos: la Demografía estática aborda el estudio de las poblaciones humanas en un momento concreto del tiempo y la dinámica, su evolución. Son dos tipos de análisis que se complementan: los transversales, también llamados del momento, y los longitudinales o evolutivos. De su relación con otras ciencias surgen aproximaciones que tienen que ver con el contenido básico de estas últimas. Así, por ejemplo, la Demografía económica se interesa por las interrelaciones entre la población y la economía; la Demografía médica por los aspectos sanitarios de los ciudadanos; la Geodemografía prima la dimensión espacial de los análisis; la Demografía histórica estudia las poblaciones del pasado y su evolución a lo largo del tiempo, etc.

Los estudios demográficos se apoyan en una serie de fuentes que suministran la información numérica necesaria. La era estadística que señala la aparición de fuentes demográficas fidedignas se inicia en la segunda mitad del XVIII, se desarrolla en los países desarrollados a lo largo del XIX y en los del mundo en desarrollo durante el siglo XX. Antes había que recurrir a fuentes indirectas o que no tenían una finalidad estrictamente demográfica (recaudación de impuestos, efectivos militares, efectos de una epidemia). La Demografía histórica se ha apoyado en estas fuentes y en épocas más recientes en los archivos parroquiales o en los llamados censos por fuegos que no contabilizaban personas, sino hogares a los que se aplicaba un multiplicador para calcular los habitantes. En la actualidad todos los países disponen de censos que son registros completos de las personas que viven en un determinado territorio y sus características. También existen estadísticas para conocer los movimientos naturales (natalidad, mortalidad y los fenómenos conexos como la nupcialidad, divorcio etc.) y los movimientos migratorios. La Demografía también se nutre hoy de un sinfín de fuentes indirectas que resultan muy útiles para conocer determinadas características de los habitantes y de encuestas y sondeos realizados con la misma finalidad. Algunos organismos publican datos de conjunto de las poblaciones del mundo con cifras reales o estimaciones que permiten las visiones de conjunto y las comparaciones internacionales (Anuario demográfico de la ONU, o el *Data Sheet* del Population Reference Bureau, entre otros).

El contenido básico de la Demografía abarca los siguientes campos: ante todo, el conocimiento de la dimensión de las distintas poblaciones, los cambios que experimentan a lo largo del tiempo y la distribución territorial de los habitantes; después, los factores que propician esos cambios, la natalidad y la mortalidad que determinan el crecimiento natural o vegetativo que a su vez puede ser positivo o negativo, y la inmigración o emigración cuyo saldo arroja balances de ganancias o pérdidas. Ambos saldos, el natural y el migratorio, definen el crecimiento real de una población y su aumento o disminución. Son los elementos de la ecuación demográfica fundamental. La Demografía se ocupa igualmente del estudio de las diversas estructuras de la población (por sexos, edades, nivel cultural, actividades económicas etc.), de la distribución en ámbitos rurales o urbanos, y de la evolución futura a través de las proyecciones demográficas. Muchos demógrafos se han ocupado también de la relación entre población, recursos y medio ambiente y de las distintas doctrinas y políticas demográficas que se han ido formulando.

La población se ha convertido en una variable decisiva para la economía y la sociedad de hoy y del futuro, tanto en las

sociedades desarrolladas y demográficamente avanzadas, como en las menos desarrolladas que han comenzado más tarde su transición demográfica, aunque la están llevando a cabo de forma más rápida. A escala planetaria, asistimos a una ralentización del crecimiento, fruto de una caída generalizada de la natalidad, a una intensificación y globalización de las migraciones y a un cambio en la composición de las edades, con menos jóvenes y más adultos y mayores. Pero en este panorama de conjunto se diferencian claramente dos modelos. Las naciones desarrolladas tienen una demografía caracterizada por un crecimiento moderado, estabilizado y en algunos casos negativo (pierden habitantes cada año). Todas tienen tasas bajas o muy bajas de natalidad (no son capaces de renovar sus generaciones). En sentido contrario, poseen niveles de mortalidad infantil muy pequeños y esperanzas de vida elevadas, que no evitan una mortalidad general alta que provoca un crecimiento natural negativo. Lo compensa en muchos casos la inmigración que, sin embargo, apenas reduce el envejecimiento, un rasgo realmente distintivo de estas poblaciones.

El modelo demográfico de los países en desarrollo se define por un crecimiento positivo, intermedio o fuerte. Todos los indicadores de la mortalidad han evolucionado de forma favorable, aunque sus valores, especialmente los de mortalidad infantil y esperanza de vida, son peores que los correspondientes a las naciones desarrolladas. La fecundidad cae, pero hay muchos territorios todavía con índices medio-altos o altos (entre 2,5 y 6 hijos por mujer). En general, tienen un balance migratorio negativo y sus estructuras son predominantemente jóvenes (media del 30 % con territorios que alcanzan el 40-50 % de menores de 15 años). Dos modelos todavía hoy bastante distintos, pero que tenderán a converger en el futuro.

BIBLIOGRAFÍA

Guillaume, P.; Poussou, J. P.: *Demographie historique*. Paris: A. Colin, 1970.
Leguina, J.: *Fundamentos de Demografía*. Madrid: Siglo XXI, 1981.
Livi Bacci, M.: *Introducción a la Demografía*. Barcelona: Ariel, 1993.
Leridon, H.; Toulemon, L.: *Demografía*. México: CEDUA, Colmex, 2014.
Puyol, R.: *La Población en Geografía Humana*. Madrid: Cátedra, 1988.
Vallín, J.: *La Demografía*. Madrid: Alianza, 1995.

Rafael Puyol Antolín
Presidente de UNIR
Rector honorario de la Universidad Complutense de Madrid

VER TAMBIÉN: ÁFRICA / ASIA-PACÍFICO / CHINA / GLOBALIZACIÓN / POLÍTICA SANITARIA

DESAFECCIÓN POLÍTICA

Una preocupación recorre todas las democracias contemporáneas: el crecimiento de un fuerte sentimiento de insatisfacción con el funcionamiento del sistema político. Esta falta de afecto, esta desafección, puede incluir muchas dimensiones distintas, que además se refuerzan recíprocamente. En algunos casos, puede tratarse de una insatisfacción con las estructuras políticas existentes: muchos europeos, por ejemplo, no confían en la Unión Europea. En otros casos, puede tratarse de un sentimiento de desacuerdo con los resultados de la acción de los gobiernos. En otros, finalmente, puede haber la percepción de un creciente desinterés por parte de «los políticos» (sin distinción de partidos o ideologías) respecto de los problemas sociales.

Aunque no se trate de un elemento necesariamente ligado, en muchos casos la desafección política aparece como un reproche a la elite política, cuyos privilegios, compromisos y actitudes la separan del grueso de la población, es decir, del «pueblo» (palabra que debe tomarse siempre entre comillas). Con toda su vaguedad y ambigüedad, la extensión del uso del término «populismo», mucho más allá del área geográfica y política en que apareció, intenta denotar una distancia creciente entre las elites políticas (lo que se llegó a denominar «la casta» en nuestro país) y el pueblo, como ilustra el trabajo de Laclau y Mouffe.

En España, círculos amplios y crecientes de ciudadanos han venido señalando a «los políticos» en su conjunto, o a los partidos políticos en bloque, como uno de los principales problemas de la sociedad española, como ha ido detectando con regularidad el Centro de Investigaciones Sociológicas en sus estudios de opinión pública. Y no puede extrañar, si se recuerda la intensidad y el fuerte apoyo social que recibió en 2011 el movimiento de los «indignados», llamado así en homenaje al libro del diplomático francés Stéphane Hessel (y popularmente llamado también «15-M», en referencia al surgimiento de manifestaciones y reuniones callejeras que se produjo a partir del 15 de mayo de aquel año) (Hessel, 2011).

La preocupación por la desafección política refleja una profunda paradoja: a la vez que los sistemas democráticos liberales se han impuesto ante sus rivales, alcanzando una extensión sin precedentes y englobando a la mayoría de la población del planeta, parecería que su realidad pierde en vigor, en profundidad; la democracia se asemejaría más a un conjunto de rituales electorales y de procedimiento pero sin auténtica capacidad para abordar con eficacia los problemas de las sociedades.

Por ello la desafección se sitúa en un nivel intermedio en la escala de actitudes de rechazo al sistema político. Va más allá del desacuerdo con decisiones concretas adoptadas, o incluso de la desaprobación del gobierno existente. Pero tampoco llega a la deslegitimación del sistema o a la movilización activa para derrotarlo.

Así, la desafección se expresa esencialmente mediante la no implicación del ciudadano en el sistema y en el proceso político. Tanto en el plano individual y meramente psicológico, como en una dimensión colectiva y relacionada con algún tipo de comportamiento observable, se expresa en el retraimiento del ciuda-

dano respecto de las estructuras políticas y en asumir un rol meramente pasivo, de receptor y destinatario de las decisiones políticas, y no una posición activa, de compromiso y participación. De tal manera que el comportamiento más usualmente asociado a la desafección sea la abstención electoral, y en general todos los comportamientos que denotan un alejamiento del sistema político, combinando un desinterés por su actividad, una desconfianza en sus protagonistas y una actitud pasiva de la ciudadanía ante todo tiempo de convocatoria.

En general, los datos disponibles sobre los sistemas democráticos confirman, aunque con matices, estas afirmaciones. La participación electoral ha tendido a descender en todos los países democráticos (aunque no de un modo lineal y con raptos súbitos de mayor movilización); la afiliación a los partidos políticos se ha reducido de modo muy significativo (de tal manera que hablar hoy de partidos de masas es una quimera); las movilizaciones sociales y ciudadanas han tendido a reducirse en términos cuantitativos y también en términos cualitativos (lo que no es incompatible con explosiones coyunturales que se pueden dar esporádicamente). Indicadores similares relativos, por ejemplo, a la afiliación sindical o a la difusión de la prensa escrita, van en la misma línea. Véanse al respecto los estudios de P. Norris o, más ampliamente para el caso español, la obra coordinada por F. Llera.

El desarrollo de los nuevos medios de comunicación de masas y, en particular, de las redes sociales ha hecho sentir su influencia en este ámbito. Como canales informativos para los ciudadanos, los mass-media e Internet se encuentran en un contexto muy competitivo a la busca de sus audiencias, lo que acaba por primar los mensajes más simplistas, más sensacionales y que ofrecen una visión de la política como un escenario ramplón y de baja calidad. Pero a la vez, y en sentido inverso, los medios interactivos ofrecen extraordinarias posibilidades como instrumentos de organización, de coordinación y de movilización, como se ha visto de modo muy agudo en algunos conflictos recientes. Véase al respecto la obra de M. Castells.

Así, la extensión de sentimientos de desafección entre la ciudadanía puede ser tanto un síntoma de crisis de un sistema democrático como una oportunidad para abordarla y ofrecerle una solución. Probablemente, los sistemas democráticos pueden convivir con un cierto grado de pasividad o incluso de distanciamiento de sus ciudadanos (como sugerían Almond y Verba en su estudio sobre «la cultura cívica»); y es claro que existe un límite traspasado el cual el nivel de insatisfacción y de rechazo entre la ciudadanía constituye un horizonte irreversible para la estabilidad del sistema. La problemática de la desafección actual se sitúa en una zona intermedia entre ambas situaciones: ni suficientemente buena como para que las democracias se asienten de un modo sólido y legítimo, ni suficientemente catastrófica como para conducir a un cambio revolucionario.

En definitiva, el reto que representa la desafección ciudadana concierne tanto a los propios ciudadanos como a las fuerzas políticas y a las instituciones democráticas: si bien es cierto que sin una acción de gobierno efectivamente orientada a atender las necesidades (presentes y futuras) de las sociedades y sin una actuación responsable en la actuación de las fuerzas políticas nos encontramos en una situación potencialmente peligrosa; es igualmente cierto que una ciudadanía meramente instalada en la desconfianza y la pasividad no tiene derecho a esperar que

la actuación del sistema político resuelva por sí sola el problema generado por la distancia entre ciudadanos y sistema.

El malestar que hoy viven las democracias liberales (a las que ya no podemos calificar de «occidentales», a causa del éxito de la expansión de su modelo) no está dando pie a alzamientos antidemocráticos del tipo de los conocidos en Europa en los años treinta o en América Latina en la década de los setenta. Pero una situación en que se combine una ciudadanía indiferente respecto al sistema democrático con unas instituciones de gobierno impotentes ante las fuerzas de la globalización económica y cultural, y con fuerzas políticas que se ganen el apoyo popular mediante el engaño y la manipulación, nos puede conducir a un panorama tan preocupante como el de aquellas etapas. El horizonte de la extensión del modelo de la denominada «democracia iliberal» es distinto al de la extensión de los sistemas totalitarios, pero no es menos preocupante.

BIBLIOGRAFÍA

Castells, M.: *Redes de indignación y esperanza: los movimientos sociales en la era de Internet*. Madrid: Alianza, 2012.

Hessel, S.: *¡Indignáos!* Madrid: Destino, 2011.

Laclau, E.; Mouffe, C.: *Hegemony and socialist strategy*. London: Verso, 2013.

Llera Ramos, F. J., coord.: *Desafección política y regeneración democrática en la España actual: Diagnósticos y propuestas*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015.

Norris, P.: *Democratic deficit: Critical citizens revisited*. New York: Cambridge University Press, 2011.

Joan Botella
Catedrático de Ciencia Política
Universidad Autónoma de Barcelona

VER TAMBIÉN: BUEN GOBIERNO / CALIDAD DEMOCRÁTICA / CORRUPCIÓN POLÍTICA / DEMOCRACIA / DESOBEDIENCIA CIVIL / EMOCIONES POLÍTICAS / GOBERNANZA / OPOSICIÓN POLÍTICA / POLÍTICA / PSICOLOGÍA POLÍTICA

DESCOLONIZACIÓN

El término descolonización hace referencia, si atendemos al Diccionario de la Real Academia de la Lengua, a la supresión de la condición colonial de un territorio. Descolonizar se identifica con otorgar la independencia. Lo que sitúa el acto de descolonizar en manos de la metrópoli. Ahora bien, el término de descolonización fue acuñado por Moritz Bonn, economista alemán y profesor de la *London School of Economics*. En su libro *The Crumbling of Empire. The Disintegration of the World Economy* (1932) utilizó el término para denominar a los movimientos nacionalistas que perseguían poner fin a los Imperios coloniales europeos y, con ello, a sus efectos económicos sobre buena parte del mundo, especialmente en África y Asia. La descolonización es un fenómeno que da lugar a análisis de signo muy diverso, como muestran trabajos recientes en ciencias sociales sobre pos-colonialismo, centrados en la «descolonización del pensamiento» en el mundo actual, y desde disciplinas diferentes (Historia, Derecho, Economía y Relaciones Internacionales, entre otras).

En obras clásicas de referencia en el campo de las Relaciones Internacionales, como la *Enciclopedia Mundial de Relaciones Internacionales y de Naciones Unidas,* de Edmund J. Osmanczyk, el término descolonización define el proceso de liquidación del sistema colonial en el mundo y la creación de Estados independientes en los antiguos territorios dependientes. En palabras de un historiador (Dietmar Rothermund), la descolonización de las colonias europeas en Asia y en África es «posiblemente el proceso histórico más importante del siglo veinte». Si exceptuamos algún caso del mundo árabe, es un proceso corto de apenas tres décadas tras el fin de la Segunda Guerra Mundial, aunque no se cierra hasta el retorno por parte del Reino Unido de Hong Kong (1997) y Macao (1999) a China. La descolonización supuso la universalización de la sociedad internacional y, con ella, cambios institucionales (ampliación de Naciones Unidas, Movimiento de los No Alineados) y normativos (principio de determinación de los pueblos, Nuevo Orden Económico Internacional) que transformaron por completo las relaciones internacionales, con la creación junto a categorías bien establecidas (grandes potencias, bloques Este-Oeste) de otras nuevas, como Tercer Mundo.

La rapidez y fortaleza del proceso de la descolonización se explica por una suma de factores. El primero de ellos es la transformación del contexto internacional. La Segunda Guerra Mundial mostró la debilidad de los grandes Imperios coloniales. Lo que tuvo consecuencias entre los pueblos colonizados, ya que se hundió el mito de la superioridad blanca, el racismo inherente al colonialismo. Es evidente en Asia, con las victorias japonesas frente a Francia (Indochina), Reino Unido (Birmania) u Holanda (Indonesia). Es aquí donde se inició el proceso de descolonización, una vez derrotados los japoneses. A ello hay que unir el empoderamiento que supuso la guerra en algunas sociedades (dos millones de soldados indios en el ejército británico o las fuerzas norteafricanas de la Francia Libre de De Gaulle). La participación india en la guerra no fue gratuita. El Partido del Congreso vinculó dicha participación con la demanda de independencia, realizada en 1942, rechazada por Londres.

En 1944, De Gaulle prometió medidas para dar más gobierno a las colonias del África subsahariana.

Un factor vital, previo, es el desarrollo en el período de entre-guerras de movimientos independentistas, liderados por élites locales formadas en las metrópolis, como Ghandi, que estudió en el *University College* de Londres, o el líder de la independencia de Ghana, Nkrumah, que se formó en la *London School of Economics*, o Ho Chi Minh, líder de la independencia vietnamita, forjado en el movimiento comunista en París. Las ideas europeas (liberales o comunistas) formaron a la mayoría de los líderes de la descolonización, con notables excepciones como Ghandi. En las metrópolis también se generó una corriente pro-descolonización entre ciertas élites, ya que algunos veían el régimen colonial más costoso que beneficioso, en términos económicos.

Otro factor fundamental fue la posición, tanto de Estados Unidos como de la Unión Soviética, contraria al mantenimiento de los Imperios coloniales. La Unión Soviética veía el colonialismo como resultado del imperialismo capitalista. Los Estados Unidos, en tanto que excolonia, alentaban el derecho de los pueblos a elegir su gobierno (Carta del Atlántico de 1941). En 1946, Estados Unidos otorgó la independencia a Filipinas, jurídicamente su única colonia.

La primera oleada de descolonizaciones se dio en el continente asiático. En el caso indio, el realismo llevó a los británicos a las negociaciones para la independencia, que finalmente tuvo lugar en 1947, pero generó extrema conflictividad entre comunidades locales y llevó a dos nuevos Estados, India y Pakistán. La retirada de los británicos en situación de conflicto interno se repitió en Palestina (mandato británico), aquí con árabes y judíos. Holanda se resistió a la independencia de Indonesia, proclamada por Sukarno en 1945, y llevó a cuatro años de guerra, hasta 1949. La independencia de la Indochina francesa generó un conflicto sangriento y largo, hasta la derrota francesa frente a las tropas de Ho Chi Minh, en 1954. Este conflicto, así como la independencia de Malaisia de Gran Bretaña, se vieron afectados ya por la Guerra Fría, sumándose ambos procesos, sobre todo a partir de la victoria militar, en 1949, del Partido Comunista en China.

La segunda oleada de descolonizaciones se centró en el continente africano. En este caso, Gran Bretaña aplicó una política pragmática (*give and keep*, que implica mantener los intereses económicos) y de negociación caso a caso, con excepciones (Kenya generó atrocidades). En el norte de África, Francia negoció la descolonización de sus protectorados en Marruecos y Túnez, pero inició una guerra durísima (1954-1962) contra el Frente de Liberación Nacional de Argelia que causó más de un millón de víctimas argelinas y que acabó con el cambio de régimen en Francia (V República). El grueso de las colonias francesas en el África subsahariana se independizó de manera progresiva, negociada y rápida. Tanto es así que se ha calificado de *annus mirabilis* de la descolonización el año 1960, en el que quince antiguas colonias francesas en África consiguieron la independencia política respecto de la metrópolis, independientemente de los lazos mantenidos con París por parte de las élites locales, que dieron lugar al término *Françafrique*. En África, hay que destacar también el final de la presencia colonial belga, con la independencia en 1960 de Zaire que llevó de inmediato a un conflicto de Guerra Fría; de la limitada presencia española, marcada por la conflictiva salida en 1975 del Sáhara occi-

dental, y del Imperio portugués, en 1975, dando lugar a una serie de nuevos Estados africanos (entre ellos, Angola y Mozambique).

La descolonización cambió radicalmente el mapa político del mundo, pero también el mapa institucional y normativo. El proceso de descolonización fue legitimado por Naciones Unidas, que con su Resolución 1514, adoptada por la Asamblea General en 1960, incorporó en el Derecho Internacional positivo el principio de la libre determinación de los pueblos. Esta «Carta Magna de la Descolonización» fue causa y efecto de los cambios que sufrió la sociedad internacional. La Conferencia Afroasiática de Bandung, en abril de 1955, organizada por Sukarno de Indonesia y Nehru de India, había puesto sobre la mesa una llamada a la descolonización y a una nueva política, basada en el no-alineamiento con los bloques de la Guerra Fría. El fin de la descolonización dejó unas Naciones Unidas radicalmente diferentes: de los 51 miembros del año 1945 se había pasado a 145 en el año 1975, y 55 de los nuevos miembros procedían del mundo afro-asiático. A partir de ese momento, el llamado Tercer Mundo pasó a ser objeto y sujeto de las relaciones internacionales.

BIBLIOGRAFÍA

Betts, R. F.: *Decolonization*. London: Routledge, 2004.
Grimal, H., *Historia de las descolonizaciones del siglo XX*. Madrid: Iepala, 1988.
Luard, E., *A History of the United Nations. vol.2: The Age of Decolonization (1955-1965)*. New York: Palgrave, 1989.
Martínez Carreras, J. U., *Historia de la descolonización (1919-1986). Las independencias de Asia y África*. Madrid: Istmo, 1987.
Rothermund, C. *The Routledge Companion to Decolonization*. Londres: Routledge, 2006.

Esther Barbé
Catedrática de Relaciones Internacionales
Universidad Autónoma de Barcelona
Instituto Barcelona de Estudios Internacionales

VER TAMBIÉN: ÁFRICA / AUTODETERMINACIÓN / DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO / DERECHOS HUMANOS / DEMOCRACIA GLOBAL / ESTADO / GEOPOLÍTICA / NACIONES UNIDAS / ORGANIZACIONES INTERNACIONALES / RACISMO / SOBERANÍA / TERRITORIO

DIGNIDAD

La palabra «dignidad» está en todas partes, pero su concepto, en cambio, permanece pendiente de pensar. Es recurrente en el lenguaje ordinario y alimenta con frecuencia los discursos de diversa naturaleza, dada su alta fuerza evocadora, pero la historia del pensamiento lo ha ignorado con una contumacia desconcertante. Aflora aquí y allá en escritores de la tradición europea –Cicerón, Petrarca, Manetti, Pico della Mirandola, Pérez de la Oliva, Kant–, las más de las veces enredado en la discusión sobre la miseria de la condición humana o su dignidad, otras veces llamada grandeza (así en Pascal). Pero ninguno convierte el concepto en tema filosófico. Y después de los comentarios mordaces que Schopenhauer le dedica, la filosofía le volvió definitivamente la espalda. Hasta hoy.

En las últimas décadas ha renacido su uso teórico en el seno de disciplinas especializadas: en las ciencias jurídicas, como fundamento de los derechos humanos; en la bioética, como guía para orientarse en los dilemas morales que se suscitan al principio y al final de la vida humana. También asoma ocasionalmente en la teología cristiana y, últimamente, en documentos del magisterio eclesiástico (la encíclica *Redemptor hominis*), pero la suya no es una dignidad inmanente al hombre, sino prestada, participación de la de Dios, una trascendencia designada con expresiones como «filiación», «adopción» o «imagen y semejanza». En cambio, la filosofía moderna, cuyas corrientes en los tres últimos siglos han seguido otro curso bien distinto y bañado otras orillas, no ha aportado aún su característica visión abstracta, general y universal a la dignidad nativa y genuina del hombre.

Podría definirse la dignidad como aquella propiedad privativa del individuo por la cual se constituye en acreedor y el resto de la humanidad en su deudora, pues la segunda debe al primero, siempre y en todos los casos, al menos esto: un respeto. Kant distinguió entre lo que tiene precio y lo que tiene dignidad. Las cosas tienen precio y son intercambiables por algo equivalente, mientras que los individuos, sin valor de cambio, no lo son porque la dignidad que poseen reclama que se les trate como fin en sí mismos y nunca como medio de un fin superior. El delito supremo contra la dignidad será, en consecuencia, dar a lo que tiene dignidad el tratamiento que solo conviene a lo que tiene precio. En suma, el delito de cosificación.

La dignidad se alió con la subjetividad en la Edad Moderna y vino a corregir un presupuesto fundamental asentado en el origen de la Antigüedad grecolatina, vigente durante largos siglos y enunciado por Aristóteles al principio de su *Política:* «que la *polis*, por naturaleza, es anterior a la casa y a cada uno de nosotros». Es decir, que el interés particular cede ante el interés general, como la parte cede ante el todo. A esta ecuación antigua la conciencia moderna añade, haciendo época, un tercer elemento: el interés particular cede ante el general, pero el general cede a la dignidad individual. De ahí que la dignidad haya sido invocada principalmente como principio antimayoritario, pues resume la capacidad de resistencia del individuo frente al posible abuso de la mayoría. Ahora bien, esa capacidad de resistencia no se limita a los riesgos de despotismo de dicha mayoría, sino que se extiende incluso a las buenas causas porque la dignidad se

opone también al bien común, la justicia social o el progreso colectivo cuando exige indebidamente la claudicación del individuo. De ahí que se haya definido la dignidad como «lo que estorba»: estorba el progreso material o científico, al que obliga a ir más lento, si bien en el cuidado de los que estorban –los más vulnerables, los que no sirven para nada– la humanidad se dignifica al sustituir la naturaleza por la civilización y la ley del más fuerte por la ley del más débil.

Desde sus orígenes latinos, la voz «dignidad» estuvo impregnada de un matiz elitista: señalaba a un grupo humano que, al atesorar esa cualidad, se distinguía del resto, privado de ella. Hay intentos tempranos de generalizar esa distinción a todo el género humano, pero persiste a lo largo de la historia un deber por parte de su poseedor que restringe su deseada universalización a todos los hombres y mujeres. Cicerón vincula la dignidad a la razón, Mirandola a la libertad y Kant a la moralidad, y los tres esperan que el titular se comporte en consonancia con esa distinción originaria, de suerte que quien haga un uso impropio de esas facultades, porque actúe de modo irracional, arbitrario o inmoral, en algún grado pierde su dignidad. Además, dichos intentos universalistas permanecen en el plano teórico, porque, en el histórico, la sociedad continuó muchos siglos tan jerárquica y discriminatoria como antes, poblada de una pluralidad de dignidades distintas.

El avance del igualitarismo democrático en el siglo xx introdujo una mutación esencial en el concepto. La dignidad ahora pertenece por esencia, de forma absoluta y plena, a todo hombre y mujer por el mero hecho de serlo. Es irrenunciable, imprescriptible, inviolable. Es también única, universal y abstracta, independiente de aquellas determinaciones (cuna, sexo, raza, cultura, religión, clase social) que en el pasado fundaran una diversidad de ellas, y por eso mismo es cosmopolita, la misma para todos los hombres y mujeres del planeta, sin que puedan contra ella dibujarse fronteras ni levantarse muros. Se recibe por nacimiento y otorga a su poseedor derechos sin mérito moral por su parte, válidos incluso aunque desmienta esa dignidad de origen con una torpe indignidad de vida.

Consumada esta mutación, la dignidad presenta dos dimensiones nítidamente diferenciadas. Por un lado, esa cualidad que *se tiene*, que no puede sufrir menoscabo en ningún caso por ser nota intrínseca a la naturaleza humana (dignidad ontológica). Por otro, *el uso* que haga cada uno de su libertad, que puede ser conforme a la dignidad ontológica o todo lo contrario (dignidad pragmática). En este segundo sentido, pragmático en lugar de ontológico, la dignidad se presenta, no como cualidad innata, sino como ideal moral –«compórtate conforme a la excelencia de que eres portador»–, vecino del ideal de la ejemplaridad.

Cuando el concepto salta de la esfera pública al fuero íntimo, la dignidad actúa, en cambio, descentrando a ese mismo individuo y creándole un sentimiento de incomodidad hacia su paradójica naturaleza. A la rosa le gusta ser rosa, al águila le gusta ser águila, pero el hombre no acaba de adaptarse del todo a su papel de hombre en el gran teatro del mundo y experimenta un extrañamiento insuperable, porque se sabe provisto de una altísima dignidad y al mismo tiempo abocado, absurdamente, a la indignidad del sepulcro, donde se tornará cadáver y se corromperá miserablemente, exponente supremo de cosificación. El fin moral del hombre moderno ya no es ser feliz (Aristóteles), sino *ser digno* de ser feliz, aunque no se alcance nunca ese estado de

beatitud (Kant). La ventaja de esta reformulación del fin moral del hombre radica en que la felicidad está condicionada a la posesión de algunos bienes mínimos, mientras que la invitación a la dignidad es verdaderamente incondicionada, universal, toda vez que nada impide al hombre obrar dignamente en cualquier momento y situación sin excepción válida ninguna.

Para conjugar como es debido esa dignidad y miseria de nuestra especie, el individuo ha de desarrollar un especial *arte de vivir*. La dignidad ontológica se halla así esencialmente unida a un arte específicamente humano que el resto de los seres existentes desconocen porque pueden prescindir de él para cumplir su función como especie. He aquí el fundamento para otorgar a la especie humana una dignidad peculiar y negarla, en cambio, a los animales, el planeta tierra o las obras de arte, que disfrutan de «relevancia moral» pero no de la dignidad de la clase aquí definida.

Hasta ahora, la dignidad ha sido considerada como atributo individual, pero tarde o temprano llega la hora de la socialización, lo que conlleva consecuencias prácticas en tanto que la dignidad absoluta de uno entra en potencial conflicto con la dignidad, igualmente absoluta, del otro. Ya no basta el imperativo que llamaba al sujeto a honrarse a sí mismo: «Compórtate conforme a la excelencia de la que eres portador». Ahora, al entrar en sociedad, la dignidad obliga a una determinada conducta con relación a los demás: «Obra de tal manera que respetes, en todo caso, la dignidad de los otros». El arte de vivir, que enseña a cada uno a gobernarse a sí mismo, ha de combinarse, al fin, con un suplementario *arte de convivir* que sirva a unos y otros a habitar en concordia bajo un mismo gobierno, presidido por el mutuo respeto.

BIBLIOGRAFÍA

BECCHI, P.: *El principio de la dignidad humana*. México: Fontamara, 2012.
GOMÁ LANZÓN, J.: *Dignidad*. Barcelona: Galaxia Gutenberg, 2019.
KANT, I.: *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* (1785). Madrid: Espasa-Calpe, 1996.
MARGALIT, A.: *La sociedad decente*. Barcelona: Paidós, 2010.
ROSEN, M.: *Dignity*. Cambridge: Harvard University Press, 2012.
SENSEN, O.: «Human dignity in historical perspective: The contemporary and traditional paradigms», en *European Journal of Political Theory*, 10:1 (2011).
TOSCANO, M.: «Human dignity as high moral status», *en Les ateliers de l'éthique / The Ethics Forum*, 6:2 (2011).
VEGA, M. J.: «Miseria y dignidad del hombre en el Renacimiento: de Petrarca a Pérez de Oliva», en *Ínsula,* 674 (2003).
WALDRON, J.: *Dignity, rank, and rights*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

Javier GOMÁ LANZÓN
Filósofo y ensayista

VER TAMBIÉN: CONVIVENCIA / DEMOCRACIA (TEORÍA NORMATIVA) / DERECHO Y MORAL / DERECHOS FUNDAMENTALES / FILOSOFÍA POLÍTICA / IGUALDAD ANTE LA LEY / IUSNATURALISMO / MULTICULTURALISMO / TEORÍA POLÍTICA NORMATIVA

DESOBEDIENCIA CIVIL

De la misma manera que es imposible pensar en una organización política –como lo es, por antonomasia, el Estado– sin leyes, tampoco resulta concebible la existencia y validez de las leyes sin la predecible obediencia de sus destinatarios. El deber ciudadano de obedecer las leyes de su comunidad política no solamente permite que estas cumplan sus variados objetivos, sino que, dicho de manera weberiana, convierte un acto de fuerza, en última instancia, de fuerza física, en una decisión que cuenta con el reconocimiento de su autoridad. Es decir, la pregunta de por qué debo obedecer, qué debo obedecer y a quién debo obedecer nos conduce a respuestas sobre la legitimidad o justificación de la obediencia, irremediablemente, valorativas. Y todo ello crea un vínculo especial y complejo entre los ciudadanos y el poder político, ya tallado socráticamente en el diálogo platónico *Critón* y que ha acompañado la reflexión ética y política sobre el Derecho, bajo el nombre de obligación política.

Sin embargo, las razones éticas y políticas, justificativas, en última instancia, de la obediencia a las leyes vigentes, pueden transformarse en motivos razonados para su desobediencia. Se plantea aquí, una vez más, la necesidad de hacer convenir la legitimidad de origen con la legitimidad de ejercicio del poder político como elemento generador y mantenedor de la soberana y exclusiva competencia –tengamos un recuerdo para J. Bodino– de elaborar leyes para la convivencia pacífica. La doble legitimidad se traslada al contenido de las normas jurídicas y se enfrenta a cuestiones, mucho más difíciles, abstractas, pero imposibles de sortear que tienen que ver con esa virtud, la más jurídica de todas, según acertaron en señalar desde Aristóteles a H. Kelsen, cual es la justicia. Concluyamos, aunque sea de manera demasiado esquemática: hablar de Derecho es hablar de un determinado punto de vista sobre la virtud de la justicia, que parece incluir, también, determinadas exigencias (de justicia) sobre el contenido de las leyes.

Por tanto, la multiforme cuestión de la obediencia y desobediencia a las leyes exige una previa clarificación sobre las conexiones y diferencias entre la ética, la política y el Derecho. Pues la validez formal de las normas requiere preguntarnos por su eficacia y por su justicia. De la misma manera que la estabilidad de un sistema político tiene que ver con su calidad (hoy se habla mucho de la calidad de la democracia que tenemos) y con la justicia de sus normas jurídicas. Y la obediencia a las leyes, con que estas sean cumplidas por mejores motivos que el miedo a la sanción por su incumplimiento. La fe en el Derecho convive así con la confianza en la justicia de sus normas y con la lealtad al sistema político que las acoge. Vistas así las cosas, es inevitable que nos planteemos la posibilidad de la desobediencia a las leyes y que esta pueda ser tratada como una cuestión de falta de fe, confianza o lealtad en relación con ellas. Y lo que es posible puede convertirse en real y puede estar o no justificado. Y aquí es donde aparece la cuestión de la desobediencia civil como una forma peculiar de desobediencia a las leyes. Peculiar, porque sus motivos, y justificaciones, son claramente distinguibles de la simple y convencional desobediencia jurídica. Pero también peculiar porque puede funcionar como un toque de atención acerca de la justicia o injusticia de

las normas y decisiones jurídicas, incluso en un sistema jurídico-político democrático y constitucional. Y hasta puede ser un colaborador del buen funcionamiento de un Estado social y democrático de Derecho (del tipo del expresado en el art. 1.1 de la Constitución Española). Debo aclarar que estoy entendiendo la desobediencia civil en el sentido que la definió J. Rawls: «Como un acto público, no violento, consciente y político, contrario a la ley, cometido con el propósito de ocasionar un cambio en la ley o en los programas de gobierno».

Conviene resaltar algunos puntos referentes a esta definición. Se trata de la respuesta de una persona o grupo de personas, que aceptan y se consideran leales al régimen político democrático-constitucional en el que viven, pero que están en desacuerdo con alguna norma jurídica, decisión o política tomada. Su respuesta es hacer público, y de manera no violenta, su rechazo a través del incumplimiento, directo o indirecto, de ese mandato con el fin de que se plantee o se imponga un cambio o reforma. La desobediencia civil es, por tanto, un acto ilegal y sancionable, que puede ser, la sanción, utilizada por el desobediente para hacer publicidad de su protesta y como medio de comprobación de que actúa de buena fe. No cabe, pues, hablar, como muchas veces incorrectamente se hace, de un derecho a la desobediencia civil. Entendida así la desobediencia civil, y a pesar de su ilegalidad, podemos estar de acuerdo con J. Rawls en que «ayuda a mantener y reforzar las instituciones justas» o con J. Habermas en que «todo Estado democrático de Derecho que está seguro de sí mismo considera que la desobediencia civil es una parte componente normal de su cultura política» o, como indica R. Dworkin, que una sociedad no corre el riesgo de desmoronarse si tolera alguna desobediencia. Y ya que el desobediente civil ejerce, a su manera, el papel de vigilante de la constitucionalidad de las normas jurídicas y de que no se desnaturalicen los principios y valores superiores del Estado social y democrático de Derecho, podemos derivar de ello el consejo de que los jueces y fiscales juzguen los casos de desobediencia civil de una manera generosa. Pues aquí, un ciudadano comprometido con sus instituciones jurídico-políticas, cuya legitimidad y justicia nunca se niega, se ve abocado, ante decisiones incorrectas y transgresoras de los valores y principios del sistema, a actuar de manera ilegal porque, como indicó H. Arendt, «los canales utilizados tradicionalmente para conseguir cambios ya no están abiertos».

Esta visión de la desobediencia civil, aquí expresada en líneas generales, sigue la tradición iniciada por Henry David Thoreau, elaborador de la idea y quizá también del término, en su artículo «Desobediencia civil», publicado en 1848. Thoreau se niega a pagar impuestos, acto ilegal sancionado con cárcel, para protestar contra la política de los Estados Unidos en su guerra contra México y en relación con la esclavitud de los Estados del Sur. En este escrito podemos leer: «Yo creo que debiéramos ser hombres primero y ciudadanos después. Lo deseable no es cultivar el respeto por la ley, sino por la justicia. La única obligación que tengo derecho a asumir es la de hacer en cada momento lo que crea justo». Un siglo después M. Gandhi, M. Luther King o Bertrand Russell han insistido en la justificación moral y política de la desobediencia civil, frente a los atropellos del poder político y sus leyes autoritarias, al mismo tiempo que abogan por la lucha pacífica y la no violencia.

De esta manera, y con estos rasgos, la desobediencia civil, distanciada de otras formas de desobediencia más próximas

a un supuesto derecho de resistencia o a formas violentas de actuación política, cuenta a su favor con sus razones políticas y éticas. Pero, no lo debemos olvidar: cualquier desobediencia a la ley por razones morales (típico conflicto entre un deber moral y un deber jurídico) no puede ser convertida en un acto de desobediencia civil. Lo es únicamente si se cumplen los requisitos expresados anteriormente. Y, vistas así las cosas, podemos valorar a la desobediencia civil como un acto de protesta compatible con los valores inspiradores y los fines del Estado social y democrático de Derecho.

BIBLIOGRAFÍA

Arendt, H.: *Tiempos presentes*. Barcelona: Gedisa, 2002.
Dworkin, R.: *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1984.
Fernández, E.: «La desobediencia civil», en J. de Lucas y J. M. Rodríguez Uribes (coords.), *Derechos Humanos y Constitución*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.
Habermas, J.: *Ensayos políticos*. Barcelona: Península, 1998.
Rawls, J.: *Teoría de la Justicia*. México: Fondo de Cultura Económica, 1995.
Thoreau, H. D.: *Desobediencia civil y otros escritos*. Madrid: Tecnos, 1987.

Eusebio Fernández García
Catedrático de Filosofía del Derecho y Filosofía Política
Universidad Carlos III de Madrid

VER TAMBIÉN: ANARQUISMO / CALIDAD DEMOCRÁTICA / CIUDADANÍA / CONVIVENCIA / DERECHO Y MORAL / DIGNIDAD / FILOSOFÍA POLÍTICA / IUSNATURALISMO / JUSTICIA / LEGITIMIDAD / LIBERTAD POLÍTICA / OBJECIÓN DE CONCIENCIA / REVOLUCIÓN / TOLERANCIA

DICTADURA

La dictadura tiene su primera concepción politológica nítida en la clasificación de las formas de gobierno de Aristóteles (*Política*, libro III, capítulo V) y se corresponde con el mal gobierno de uno solo, la tiranía. Cuando el gobierno se ejerce por uno solo en persecución del interés general, Aristóteles lo denomina Monarquía, mientras que en esta conceptualización aristotélica la tiranía es el ejercicio del poder por uno solo pero en beneficio propio o en persecución de un interés espurio, ajeno al bien común. Cómo se produce la transformación de la Monarquía en tiranía, como degeneración esta de aquella, lo explica Maquiavelo en *Los discursos sobre la primera década de Tito Livio*. La Monarquía pasa de ser electiva a hereditaria, según el florentino, y los herederos, prescindiendo de las obras virtuosas, creían que los príncipes solo estaban obligados a superar a los demás en lujo, lascivia y toda clase de placeres. Comienza, como reacción, el odio hacia los monarcas y estos pasan del temor a la ofensa, surgiendo así la tiranía. Esta a su vez provoca desórdenes, conspiraciones y atentados hasta derrocar al tirano. Sigue el autor explicando igualmente cómo se pervierten el resto de formas de gobierno ante el olvido de los males de las degeneraciones anteriores. Y así pronuncia la máxima de que «son tan dignos de elogio los fundadores de una república o de un reino, como de censura y vituperio los de una tiranía». Siguiendo esta línea interpretativa, Montesquieu añade (*El espíritu de las leyes*), que el principio de la tiranía es el miedo.

Frente a ese carácter marcadamente negativo, encontramos en Roma, sin embargo, una connotación positiva del concepto. Allí la dictadura se equipara a una magistratura de la República delimitada jurídicamente por sus leyes. A pesar de que la República se configura sobre un sistema de pesos y contrapesos para garantizar la subsistencia de un modelo de participación estable entre la aristocracia y el pueblo y evitar la concentración de poder unipersonal y arbitrario, se preveía la posibilidad de que, en casos extraordinarios y por un periodo transitorio, una sola magistratura, denominada dictadura, asumiera las funciones de los demás cuerpos. Esta unidad soberana es repudiada por Cicerón, partidario de Pompeyo por creerlo más cercano al sistema republicano, cuando Julio César extrema la asunción de poderes como dictador, y posteriormente de manera más activa a través de sus *Filípicas*, contra Marco Antonio, lo que lleva a la muerte del propio Cicerón. Tito Livio también da cuenta de la existencia de dictadores, de tal modo que data el origen de la figura incluso en el 500 a. C. (*Ab urbe condita*, *Historia de Roma desde su Fundación*). El dictador republicano romano se valora en la obra de Carl Schmitt como «una sabia invención de la República romana, el dictador es un magistrado romano extraordinario, que fue introducido después de la expulsión de los reyes, para que en tiempos de peligro hubiera un *imperium* fuerte».

También se enclavan en una visión positiva del dictador, benevolente o absoluto, según los casos, juristas como Grocio, defensor de la soberanía absoluta, que inaugura la corriente de Derecho natural donde las normas o principios naturales son inmutables e indiscutibles. Esta doble concepción, de la defensa de la soberanía absoluta y del Derecho natural, se unirá casi cinco siglos más tarde de

manera trágica, y junto con los estudios de Schmitt, al nacimiento de los totalitarismos.

Más profunda y ajena a tales degeneraciones es la concepción hobbesiana (*Leviatán*) del poder de uno solo para el orden de la sociedad, aunque también encuentre su respuesta en Rousseau. La disconformidad mueve a Rousseau a oponerse a la dictadura que encuentra en el despotismo imperante en su época, ya que considera que encadena al hombre libre y, por carecer de leyes justas y certidumbre, se rige por el arbitrio del monarca absoluto (*El contrato social* y *Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad*). La filosofía, de la mano de Kant, tampoco es optimista cuando analiza el gobierno de uno solo, puesto que la construcción kantiana busca la división de poderes para establecer una coordinación óptima en el gobierno y frenar los excesos y la arbitrariedad.

Al margen de las concepciones teóricas, es en el siglo xx cuando el concepto de dictadura adquiere un tinte totalitario al revestir la forma de dos extremismos contrarios pero asimilados en crudeza: el nazismo de Hitler, epítome de los fascismos, y el comunismo ruso, representado por la sucesión de Lenin y Stalin («La comparación entre fascismos y comunismos y su consideración como fenómenos políticos íntimamente vinculados e igualmente totalitarios», en R. del Águila y F. Vallespín). De uno surge el horror del Holocausto con el exterminio de seis millones de judíos en el corazón de la Europa de tradición humanista y racional, y del otro, el terror del Gulag.

Los totalitarismos como expresión absoluta de la ausencia de democracia y sumisión de la libertad se unen a la dictadura nazi y comunista pero no se identifican íntegramente con la dictadura clásica, como describe por primera vez Hannah Arendt en *Los orígenes del totalitarismo* (capítulo 13: «Ideología y terror: una nueva forma de gobierno»): «El totalitarismo difiere esencialmente de otras formas de opresión política que nos son conocidas, como el despotismo, la tiranía y la dictadura. Allí donde se alzó con el poder desarrolló instituciones políticas enteramente nuevas y destruyó todas las tradiciones sociales, legales y políticas del país».

El totalitarismo, por tanto, adopta la forma de gobierno de la dictadura, que había sido tradicionalmente autoritaria, pero impregna toda la sociedad rompiendo con la tradición y las bases sociales, morales y éticas, penetrando el sustrato de la existencia misma de la comunidad. Este ascenso de los fascismos como dictaduras del siglo xx se apoya en el hombre-masa de Ortega y Gasset (*La rebelión de las masas*), un ser acrítico o un individuo sin calidad, cuya presencia en el poder y en las esferas que ejercen influencia sobre el conjunto social es pernicioso.

Ahora bien, no debe confundirse el totalitarismo comunista práctico (que nace de la Revolución bolchevique en Rusia en 1917 y da lugar a la dictadura del partido, entregando el poder al líder y su oligarquía) con la denominada «dictadura del proletariado», que es la fase intermedia del comunismo teórico formulada por Marx y Engels (*Manifiesto Comunista*), que se sitúa entre la abolición del capitalismo y la instauración definitiva del comunismo. Es el gobierno dirigido por la clase social de trabajadores, quienes tienen que vencer la resistencia de la burguesía mediante la revolución socialista, destruir las relaciones de producción y «derretir las estructuras», creando una sociedad sin clases. Esta concepción

teórica, de haberse llevado a cabo, se asemejaría más a la oclocracia o gobierno de la muchedumbre o poder en manos de la turba (del griego ὀχλοκρατία), que es una de las formas de degeneración de la democracia aristotélica.

Tras la Segunda Guerra Mundial desaparece el totalitarismo nazi, pero pervive el comunismo ruso, ablandado progresivamente hasta la caída del Muro de Berlín en 1989.

Precisamente en la decadencia de las dictaduras se ubica el término «dictablanda», que es un *portmanteau* usado en origen para referirse al periodo de la dictadura de Berenguer, en España, en la fase final de la Restauración borbónica (reinado de Alfonso XIII). El término «dictablanda» se ha extendido a otras formas de gobierno de uno solo donde las libertades civiles son, presuntamente, defendidas en lugar de suprimidas. Pero, en efecto, se predica especialmente de las dictaduras en sus periodos finales, cuando comienza la fase de apertura y se relaja la opresión del régimen.

El siglo XX español vivió, además de la dictadura de Primo de Rivera (1923-1930) y la llamada dictablanda, la dictadura de Francisco Franco (1939-1975), un largo periodo de cuarenta años conocido con el término «franquismo», superado por los cuarenta y ocho años de la dictadura militar portuguesa y su segunda República, de régimen autoritario y corporativista (1926 a 1974), siendo esta última la más duradera de Europa.

No solo las ciencias sociales han escrito y tratado la dictadura, también la literatura nos ofrece visiones de gran crudeza que permiten imbuirse de la ausencia de libertad que estas formas de gobierno imprimen en la sociedad: véanse *La fiesta del Chivo* de Mario Vargas Llosa, *La calle Valverde* de Max Aub o *Archipiélago Gulag* de Aleksandr Solzhenitsyn.

BIBLIOGRAFÍA

Además de los clásicos citados (Aristóteles, Cicerón, Maquiavelo…), véanse, en el siglo XX:

ÁGUILA, R. del; VALLESPÍN, F.: «El Leviatán rojo», en *Revista de Libros* (17 de mayo de 1998).
ARENDT, H.: *Los orígenes del totalitarismo*. Madrid: Alianza, 2006.
ORTEGA Y GASSET, J.: *La rebelión de las masas*. Existen múltiples ediciones (la 1.ª de 1929).
SCHMITT, C.: *La Dictadura. Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria*. Madrid: Revista de Occidente, 1968.

Alicia SEGOVIA MARCO
Abogada del Estado
Politóloga

VER TAMBIÉN: AUTORITARISMO / COMUNISMO / FASCISMO / GOLPE DE ESTADO / POLÍTICA / RAZÓN DE ESTADO / SISTEMA SOVIÉTICO / TOTALITARISMO

DIPLOMACIA

Como profesión o como función, la diplomacia, nombre exacto del utilizado por griegos y romanos, es conocida y practicada desde el comienzo de los tiempos históricos. Aplicada inicialmente a la representación de entidades soberanas frente a otras de la misma calidad, incluía como sustancia la defensa de los intereses representados y, en la forma, una determinada manera de proceder para conseguirlo: son métodos pacíficos los empleados, incluyendo entre ellos la negociación, el pacto, el compromiso o cualquiera de los procedimientos que la humanidad puede imaginar para encontrar vías de acomodo entre diferencias materiales o conceptuales. Se trataba, y se sigue tratando, de utilizar tales aproximaciones para evitar que sea la violencia, y en consecuencia la guerra, la vía utilizada para resolverlas.

Como sustantivo –«diplomacia»– o como adjetivo –«diplomático»– el término sigue teniendo hoy en día el valor concedido a los comportamientos inspirados por la conveniencia de evitar los conflictos e incluso, proyectándole más allá de la convencionalidad que la palabra adquiere en las relaciones internacionales, el respeto que inspira la persona de comportamientos poco dados a la confrontación o al conflicto. Sin que ello suponga por parte del diplomático, o de aquel que se ve encargado de sus funciones, el abandono completo de sus convicciones o necesidades. En realidad, el arte de la diplomacia consiste precisamente en encontrar en el acuerdo las líneas mínimas que lo hacen posible sin traspasar las rojas que lo harían imposible. Y no existen reglas preestablecidas para diseñar unas u otras. Serán los condicionantes del entorno y las capacidades tácticas y estratégicas de los contendientes los que determinen el perfil del resultado. Y sin conceder *a priori* la razón a lo que la diplomacia obtiene. En la vida internacional de relación, como en la nacional o incluso en la personal, los esfuerzos para conseguir un acuerdo pacífico no solo dependen de la capacidad de persuasión que el diplomático despliegue. También están habitualmente supeditados al volumen de presión que las partes puedan ejercer en prosecución de sus objetivos. Y no siempre la voluntad diplomática del débil alcanza a justificar la resultante ausencia de conflicto. ¿Tenía razón Chamberlain cuando calificó la entrega de los Sudetes a Hitler como la «paz de nuestro tiempo»? ¿O más bien Churchill, cuando en los Comunes le recriminó la pérdida de dignidad y la inevitabilidad de una guerra?

Pero aun siendo determinantes los elementos que acompañan y condicionan la actividad diplomática, su perfil primordial fue siempre, y sigue siendo, el de la negociación. Con la finalidad última de preservar o restaurar la paz mediante la prevención o la terminación del conflicto. El tiempo histórico inaugurado tras el fin de la Segunda Guerra Mundial y por la consiguiente creación de las Naciones Unidas, pero también por la Guerra Fría, la consiguiente política de bloques, los temores ante la proliferación y el eventual uso de las armas nucleares y la subsistencia de conflictos periféricos, ha sido también la gran época de la negociación y su marco viene perfectamente definido por el capítulo VI de la Carta de las Naciones Unidas, dedicado al «arreglo pacífico de controversias», y cuyo artículo 36 es un perfecto resumen de lo que la diplomacia debe considerar su misión fundamental:

«Las partes en una controversia cuya continuación sea susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales tratarán de buscarle solución, ante todo, mediante la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos de su elección.» Esa voluntad de encontrar vías pacíficas para la solución de los conflictos refleja con claridad el propósito de los «pueblos» de las Naciones Unidas cuando en el Preámbulo de la Carta se confiesan heridos por haber tenido la terrible experiencia de experimentar «dos veces en sus vidas el flagelo de la guerra».

Y no es que desde 1945 hasta ya bien entrado el siglo XXI la humanidad haya estado exenta de conflictos. Pero ninguno de ellos, a diferencia de lo ocurrido en siglos anteriores, ha desembocado en un conflicto generalizado. La lista de los conflictos evitados o solucionados es larga y su enumeración detallada resultaría demasiado prolija, pero baste recordar algunos, resueltos por negociaciones a las que la ONU prestó su capacidad de intermediación: la guerra entre Irak e Irán, las conflictos civiles en Costa de Marfil, Angola, Líbano, El Salvador y Centroamérica, Kosovo, Irlanda del Norte…Sin por ello olvidar los resultados de la diplomacia bilateral entre los Estados Unidos y la URSS o la Federación Rusa para proceder al control y reducción de armamentos nucleares. Capítulo este en el que cabría incluir la confrontación entre las dos potencias en 1962 con motivo del despliegue en Cuba de misiles nucleares soviéticos, resuelta pacíficamente, tras días de extremada tensión, con el acuerdo de su retirada y la paralela de los misiles americanos del mismo tipo desplegados en territorio turco vecino a la frontera con la URSS. Claro que los éxitos no pueden ocultar ni las limitaciones de sus alcances ni los fracasos a los que, por razones diversas, la comunidad internacional debe hacer frente, por más que se desplieguen las voluntades negociadoras. Están los casos de Siria, Eritrea y Libia para demostrarlo.

Fueron otros y anteriores los casos en que la diplomacia debió emplear lo mejor de sus recursos para poner fin a largos y mortíferos enfrentamientos bélicos, sentando con ello las bases para un nuevo capítulo en las relaciones internacionales. En ese contexto se debe incluir la Paz de Westfalia, en 1648, que pone fin a la Guerra de los Treinta Años y da nacimiento al concepto y a la realidad del Estado Nación; el Congreso de Viena en 1815, que acaba con el Imperio napoleónico y abre la fase del equilibrio de poder; el Tratado de Versalles en 1919, que clausura la Primera Guerra Mundial e introduce la noción de la seguridad colectiva en el marco de una organización internacional; y las conferencias de Yalta y Potsdam en 1945, que bajo el futuro mandato de la ONU configuran la renuncia a la utilización de la fuerza en las relaciones internacionales. Ocasiones todas ellas testigos de lo mejor que la diplomacia y sus gestores supieron desarrollar para elevar el listón de la realidad hacia un estadio superior.

Tiene España una larga y buena tradición de gentes dedicadas a la diplomacia, en la que el nombre de Saavedra Fajardo suscita desde el siglo XVII admiración y respeto. Otros han seguido su estela, en tiempos buenos y malos, bajo cambiantes fórmulas gubernamentales, pero habitualmente practicando dos virtudes fundamentales: un profundo sentido patriótico y una arraigada convicción en favor de la apertura de España hacia el mundo. Ello ha permitido contar con la fidelidad de agentes diplo-

máticos dispuestos a prestar lo mejor de sus capacidades en cualquiera de las circunstancias por las que el país atravesaba. Así, cabe recordar la labor humanitaria desarrollada por el Marqués de Villalobar, embajador de España en Bélgica, durante los aciagos tiempos de la Primera Guerra Mundial; o por la dedicación de varios diplomáticos españoles –Ángel Sanz Briz, Bernardo Rolland, Eduardo Gasset, Eduardo Propper de Castejón– para salvar del exterminio nazi a personas judías durante la Segunda Guerra Mundial; o los nombres de Salvador de Madariaga –estrechamente ligado a las tareas de la Sociedad de Naciones– y de Pablo de Azcárate –responsable del sistema de minorías durante la primera fase de la ONU–. Y de muchos de los que en años subsiguientes cumplieron con excelencia sus cometidos en defensa y proyección de los intereses españoles: José Félix de Lequerica, José María de Areilza, el Marqués de Santa Cruz, Nuño Aguirre de Cárcer, los hermanos Emilio y Juan Luis Pan de Soraluce, Miguel Solano, Jaime de Piniés, Juan Durán… Una lista representativa de una sólida tradición anclada en los mejores valores de la diplomacia: la negociación, el compromiso, la paz.

Para concluir, quisiéramos mencionar dos citas de *El Príncipe* de Maquiavelo. Dice en el capítulo XVII: «El negociador debe ser cauto en el deber y en el obrar, no tener miedo de sí mismo y proceder con moderación, prudencia y humanidad». En el capítulo XXI declara: «La prudencia estriba en saber conocer la naturaleza de los inconvenientes y aceptar el menos malo por bueno». Buenos consejos que tras tantos años siguen siendo de actualidad para una buena práctica de la diplomacia.

BIBLIOGRAFÍA

Annan, K.: *Intervenciones: Una vida en la guerra y en la paz*. Madrid: Taurus, 2013.
Bassols, R.: *El arte de la negociación*. Madrid: Fundación Universitaria San Pablo CEU, 2017.
Kissinger, H.: *Diplomacy*. New York: Simon & Schuster, 1994.
Oreja Aguirre, M.; Sánchez Mantero, R., coords.: *Entre la historia y la memoria. Fernando María Castiella y la Política Exterior de España. 1957-1969*. Madrid: RACMyP, 2007.
Rupérez, J.: *Europa entre el miedo y la esperanza*. Madrid: Edicusa, 1976.

Marcelino Oreja Aguirre
Marqués de Oreja. Presidente de Honor
de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas
Ex Ministro de Asuntos Exteriores
Embajador de España

Javier Rupérez Rubio
Académico correspondiente de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas
Embajador de España

VER TAMBIÉN: DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO / GUERRA Y CONFLICTO / JURISDICCIÓN UNIVERSAL/ NACIONES UNIDAS / POLÍTICA EXTERIOR DE ESPAÑA / POLÍTICA EXTERIOR Y DE SEGURIDAD DE LA UNIÓN EUROPEA / REALISMO POLÍTICO / RELACIONES INTERNACIONALES / SOCIEDAD INTERNACIONAL / TRATADOS INTERNACIONALES

DISCURSO POLÍTICO

El discurso político es una forma de discurso institucional cuyo emisor ostenta algún tipo de cargo en una institución de gobierno o de representación política. Se trata de un género discursivo que, según el contexto de emisión (destinatario/s, tiempo, lugar y canal de transmisión), puede adquirir múltiples formas o subgéneros: el discurso parlamentario, considerado el más genuino; el mitin electoral; la declaración institucional; la rueda de prensa; el argumentario de partido; el programa electoral; el debate en los medios; o, más recientemente, la tertulia política (televisiva o radiofónica) y el mensaje digital a través de redes sociales (Llamas Saíz, 2018). Cada uno de estos géneros, a pesar de presentar diferencias, comparte una serie de rasgos que son los que se describen a continuación.

El político es un discurso fundamentalmente argumentativo que persigue la adhesión del receptor a las ideas transmitidas. Dichas ideas se apoyan desde el punto de vista lingüístico en una selección de términos que activan significados asociados a una determinada ideología. No se trata de un discurso que emplee un lenguaje especial con una terminología específica, sino de un uso particular de la lengua común (Fernández Lagunilla, 1999). Quienes han estudiado el lenguaje político coinciden en señalar como característica general el uso de un vocabulario no específico que, sin embargo, adquiere distintos significados según la postura ideológica desde la que se interprete. No obstante, en la época actual no resulta fácil asociar palabras concretas a una única ideología; hoy predomina el empleo de términos vagos, eufemísticos, crípticos y/o metafóricos, que pueden entenderse de manera flexible y desideologizada, y que, en general, sirven para atenuar las ideas o incluso enmascarar la realidad. De otro lado, es propia del discurso político, y esta es una característica que se ha mantenido en el tiempo, la intensificación mediante diferentes procedimientos: la repetición de palabras y de estructuras, que van acompañadas de un énfasis entonativo, y/o la utilización de interrogaciones retóricas que no preguntan, sino que destacan la respuesta que implícitamente contienen (Cortés Rodríguez, 2015).

Desde una perspectiva discursiva o retórica que preste atención no solo al discurso –a su contenido, a su estructura y a las estrategias de carácter pragmático-lingüístico empleadas (léxico, sintaxis, deixis, metáforas, etc.)–, sino también a otros factores concomitantes, debe destacarse que la construcción del discurso político depende en gran medida del propio fin persuasivo de este tipo de discurso, de la ideología política que se transmite, del rol que desempeña el político como emisor del discurso y de la situación comunicativa; es decir, del contexto social, político y económico y, de modo más general, del contexto histórico (Fuentes Rodríguez, 2016). El discurso político del siglo XXI no posee las mismas características que el de siglos pasados, precisamente porque todos los elementos antes mencionados han cambiado y han ejercido una fuerte influencia en la configuración discursiva de este tipo de texto. Por otra parte, en la caracterización del discurso político actual es necesario señalar que la persuasión, como fin propio de esta clase de discurso, se sirve no solo de la palabra, sino de igual modo –y hasta tal punto que puede eclipsar a aquella– de otros aspectos como la ima-

gen del político (forma de vestir, gestos, actitud, etc.), o los medios multimodales (imágenes, vídeos, etc.) que pueden acompañar a lo lingüístico en sus distintos subgéneros.

Es posible distinguir dos ámbitos principales en los que tiene lugar el discurso político (Fuentes Rodríguez, 2016): uno *externo*, que se dirige al votante potencial para convencerlo de unas ideas y así lograr el voto mediante un lenguaje sencillo y cercano, de carácter emocional y de gran implicación personal; de otro lado, un ámbito *interno* en el que el discurso se configura para dirigirse a otro político, por ejemplo, en un debate o en el Parlamento. En este caso, se trata de un discurso habitualmente más elaborado que busca la confrontación. Se impone la brillantez dialéctica que, sin embargo, no siempre está relacionada con la complejidad lingüística o el tono formal esperable por el contexto, sino que cada vez más es un discurso centrado en el votante, al que dicho discurso de ámbito interno llegará a través de distintos medios; de ahí que el discurso de ambos ámbitos pueda en ocasiones confluir. Es el caso de algunos discursos parlamentarios en los que las estrategias discursivas son las propias del ámbito externo (sencillez, coloquialidad, predominancia de lo emocional sobre lo racional, etc). En definitiva, se producen una serie de *desplazamientos discursivos* que van modificando las características del discurso político actual (Gallardo Paúls, 2018).

Los medios de comunicación y las nuevas tecnologías están influyendo fuertemente en la configuración del discurso político, dado que cualquiera de los géneros políticos (discurso parlamentario, programa electoral, rueda de prensa, etc.) puede ser difundido en directo y llegar a un destinatario distinto de aquel para el que originariamente estaba pensado (Fuentes Rodríguez, 2016).

Las investigaciones más recientes consideran que tanto el contexto en el que se desarrolla el discurso político como las características que tradicionalmente lo han definido se encuentran en una situación permanente de inestabilidad y mutación discursivas (Gallardo Paúls, 2018). Como origen de los cambios se ha destacado el predominio del político sobre el contenido del discurso, cada vez más desdibujado por las nuevas formas de transmisión: mensajes breves, fundamentalmente en redes sociales, que se malinterpretan por carecer de contexto; abuso del hipertexto que facilita los saltos discursivos e impide la interpretación razonada de cada discurso en su conjunto; predominio de la imagen sobre la palabra y, por tanto, de la emoción sobre la razón, etc. Asimismo, algunas tendencias sociales como la democratización –cualquiera puede tomar la palabra–, están configurando el discurso público actual y, por ende, el discurso político.

Así, existe hoy un discurso que no puede considerarse político sino *pseudopolítico* (Gallardo Paúls, 2018), en el que destacan la espectacularización, impulsada por los medios, que favorece la polarización de posturas y el conflicto; la desideologización ciudadana, que conlleva, como se ha señalado, una desaparición retórica de elementos lingüísticos que aludan a una ideología concreta; y, por último, el personalismo, que alienta retóricas populistas de exaltación de un líder. Este tipo de discurso, que ha existido en todo tiempo y lugar, vuelve a ser predominante, además de por la coyuntura socioeconómica mundial, por los factores antes mencionados, especialmente la democratización, la digitalización y la espectacularizacion del discurso público. La sencillez de las estructuras

lingüísticas y del vocabulario, fácilmente inteligibles; el lenguaje emotivo que activa el *pathos* del receptor; y la argumentación que simplifica las relaciones causa-efecto (Charaudeau, 2009) pueden considerarse características no solo del discurso generado por políticas populistas, sino tendencias del discurso político actual. En relación con el futuro desarrollo del discurso político, resulta difícil predecir sus características concretas; no obstante, es evidente que seguirá cambiando en consonancia con los factores aquí expuestos y probablemente con otros todavía desconocidos que será necesario analizar.

BIBLIOGRAFÍA

Charaudeau, P.: «Reflexiones para el análisis del discurso populista», en *Discurso y Sociedad*, 3/2 (2009).

Cortés Rodríguez, L.: *Análisis del discurso político. Consideraciones acerca de los debates del estado de la nación*. Almería: Universidad de Almería, 2015.

Fernández Lagunilla, M.: *La lengua en la comunicación política*. Madrid: Arco Libros, 1999. 2 vol.

Fuentes Rodríguez, C., ed.: *Estrategias argumentativas y discurso político*. Madrid: Arco Libros, 2016.

Gallardo Paúls, B.: *Tiempos de hipérbole. Inestabilidad e interferencias en el discurso político*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.

Llamas Saíz, C., ed.: *El análisis del discurso político: géneros y metodologías*. Pamplona: EUNSA, 2018.

Carmen Llamas Saíz
Profesora Titular del Departamento de Filología
Universidad de Navarra

VER TAMBIÉN: CAMPAÑA ELECTORAL / COMUNICACIÓN POLÍTICA / CULTURA POLÍTICA / ELECCIONES / EMOCIONES POLÍTICAS / *FAKE NEWS* / LIBERTAD DE EXPRESIÓN / PARTICIPACIÓN POLÍTICA / POSVERDAD / PROPIEDAD INTELECTUAL / RETÓRICA JURÍDICA

ECOLOGISMO / VERDES

Intentar entender lo que significa el ecologismo hoy exige acercarse a un fenómeno político tan diverso y cambiante en los últimos veinticinco años que, quizás, sería más adecuado hablar no de uno sino de varios ecologismos. Lo que ha cambiado en este tiempo es la relación entre política y medio ambiente gracias, entre otras cosas, a la importante transformación que han experimentado, por un lado, la teoría y la práctica política del ecologismo y, por otro, la política verde. Así, el ecologismo político contemporáneo es un fenómeno político proteico y con perfiles originales. En primer lugar, es la ideología política contemporánea que mejor expresa la actual relación entre política y medio ambiente; en segundo lugar, la teoría política verde, es una teoría política propia, que tiene en la actualidad una relación más cercana a la acción política y a los problemas medioambientales concretos; en tercer lugar, es también una estrategia política dual, en la que conviven movimientos y partidos ecologistas –además de rojiverdes– dentro de una divisoria compleja, en que hay diferencias entre un ecologismo del Norte y otro del Sur, con problemas, luchas y estrategias distintas y, finalmente, la globalización del medio ambiente que está exigiendo un tratamiento político distinto de problemas globales como el cambio climático a través de una gobernanza más compleja.

De algún modo, el ecologismo se enfrenta a un reto distinto que cuando surgió como movimiento social a finales de los sesenta: ahora no se trata de conquistar un espacio político para el medio ambiente. De hecho, la relación entre política y medio ambiente tiene un protagonismo mayor que nunca, la conciencia medioambiental es creciente, la actividad de los movimientos ecologistas es importante, el espacio político de los partidos ecologistas y rojiverdes se ha consolidado y las políticas medioambientales forman parte de la agenda política de los gobiernos nacionales y de las instituciones supranacionales. La paradoja del medio ambiente es la creciente conciencia que tenemos de su importancia, y sin embargo, la escasa decisión política para resolver los problemas medioambientales que nos acosan. El reto del ecologismo de hoy es, con una teoría política verde sólida y un espacio político consolidado, como llegar a construir una sociedad sostenible a través de políticas que deben implicar una transformación social y económica profunda en un contexto muy complejo y en el que la consecución de este modelo de sociedad ha dejado de ser patrimonio exclusivo del ecologismo político.

Una mirada por los últimos veinte años del ecologismo refleja un profundo cambio. La generalización del tema medioambiental, tuvo un considerable efecto sobre nuestra forma de pensar en los problemas medioambientales y en cómo abordarlos. Veinte años más tarde, puede discernirse claramente su evolución. La teoría política verde ya no parece la misma, y esto se debe en parte, me parece, a la forma en que la política verde se ha desplazado hacia el centro de las preocupaciones políticas prácticas –hasta el punto de que los Verdes han participado en algunas coaliciones de gobierno–. La trayectoria política de los partidos verdes ha seguido la trayectoria política del ecologismo y ha sido influida por ella, mientras ambos se han movido hacia una articulación menos minoritaria de las preocupaciones medioambientales (Dobson, 2014: XII). En este tiempo se ha pro-

ducido un giro de la teoría y de la política verde hacia los problemas medioambientales y las cuestiones políticas prácticas.

Además, los principios básicos del ecologismo como ideología también han cambiado de manera sustantiva. «Los principios básicos del ecologismo como ideología eran tres: la creencia en los límites del crecimiento, una preocupación por el mundo natural en su propio beneficio y no por su utilidad para el ser humano, así como un firme compromiso a favor de la descentralización política, basada en la convicción de que aproximar a productores y consumidores es una precondición para la sociedad sostenible. Estos tres principios han corrido distinta suerte, a medida que el ecologismo se ha hecho *mainstream*… La idea de los límites al crecimiento fue desafiada durante los noventa por la "modernización ecológica", cuyos defensores sostenían que el desafío de la sostenibilidad podía superarse, gracias a la innovación tecnológica, mediante un uso más eficiente de los recursos. A su vez, los modernizadores ecológicos han sido últimamente desafiados por los "decrecentistas", que insisten en la condición limitada de los recursos disponibles y defienden una disminución planificada en el uso de los recursos. En cuanto al segundo pilar, el así llamado "valor intrínseco" de la naturaleza, parece hoy menos importante para la teoría y la práctica del ecologismo político que en los años ochenta. La política verde es hoy mucho más abiertamente antropocéntrica de lo que solía, como efecto de la generalización de la problemática medioambiental y de la correspondiente necesidad de hacer el ecologismo atractivo y razonable para los votantes. También el tercer pilar, la descentralización, se ha ido desvaneciendo en los últimos veinte o veinticinco años. Mientras que el ecologismo temprano se tomó muy en serio la descentralización, las exigencias prácticas (sobre todo en el nivel internacional) hicieron emerger rápidamente teorías y debates sobre el papel del "Estado verde". A su vez, este movimiento ha sido puesto en cuestión recientemente por el fenómeno de las "Ciudades en Transición" *[Transition Towns],* que convierten una vida local(izada) en estrategia para la resistencia, en vista de las potenciales crisis de recursos asociadas a fenómenos tales como el cambio climático. Así pues, tres puntos de referencia del ecologismo de hace veinte años han sido objeto de profunda revisión durante estas dos últimas décadas. La evolución del ecologismo se caracteriza así tanto por una creciente relevancia de la política como por una decreciente dependencia respecto de las posiciones normativas que marcaron su aparición en el mapa de las ideologías políticas. ¿Qué nos deparará el futuro? Es improbable que las posiciones de hace veinte años regresen al centro de la escena verde, máxime a medida que los problemas medioambientales vayan ganando una mayor atención del gran público» (Dobson, 2014: XII-XII).

Como puede verse, la teoría política y la política verdes y el ecologismo político como ideología han experimentado una transformación hacia lo concreto, hacia las cuestiones ecológicas y debates más próximos a las preocupaciones políticas prácticas, la política ecologista se ha moderado, y una buena parte del ecologismo político ha preferido trabajar desde las instituciones y sobre problemas medioambientales concretos. Por otro lado, al ecologismo como ideología también ha experimentado una creciente influencia de la política frente a los principios normativos. Este giro hacia lo concreto, que permea la teoría, la política e ideología verdes no implica que el ecologismo haya perdido su carácter transformador del modelo social para realizar sus fines. En este sentido, «hay indicios de que la distinción en-

tre ambientalismo y ecologismo es tan relevante como antaño. Por ejemplo, la crisis financiera de 2008-2009 ha dado nueva vida a un género del ecologismo político que gira en torno a la idea un *New Deal* Verde… En sentido amplio, el *New Deal* Verde una re-regulación de las finanzas y un incremento del gasto público en tecnologías verdes. Pero hay versiones más o menos radicales»; en cualquier caso, lo que está claro es que «hace falta un tipo diferente de estructura económica para un mundo constreñido ecológicamente. Así es como empezó el ecologismo y todo indica que eso no va cambiar» (Dobson, 2014: XIII-XIV).

El dilema del ecologismo contemporáneo radica, precisamente, en la creciente importancia de la dimensión ecológica de la política que, paradójicamente, ha quitado protagonismo al ecologismo como único agente político de la política verde. La generalización del medio ambiente y su mayor protagonismo en la política contemporánea ha hecho que trascienda al ecologismo. Quizás esa sea la razón de una evolución ideológica, teórica y política del ecologismo político que en los últimos veinte años manifiesta un *giro político hacia lo concreto* que muestra que el camino la sociedad sostenible no es tanto el resultado de unos principios normativos demasiados exigentes como de una de una teoría y una política verdes más adaptadas a un escenario en que es más necesaria una política verde que actúe en torno a las cuestiones ecológicas y los problemas medioambientales concretos. El pragmatismo político y la estrategia de los partidos verdes es una expresión de este giro político a lo concreto en pos de una consolidación de un espacio político verde. La cuestión ahora es no solo saber si la estrategia política del pragmatismo dentro de una sociedad democrática es suficiente o era la única posible para que creciera el espacio político verde, sino entender que la lucha por la sociedad sostenible se plantea de forma distinta que en el ecologismo de hace veinte años, una articulación de políticas que resuelvan problemas medioambientales complejos, y a menudo globales, en el marco de una gobernanza más compleja.

BIBLIOGRAFÍA

DOBSON, A.: «Prólogo», en A. Valencia, *Política y Medio Ambiente*. México: Porrua, 2014.
DOBSON, A.: *Environmental Politics. A Very Short Introduction*. Oxford: Oxford University Press, 2016.
GARNER, R.: *Environmental Politics: The Age of Climate Change*. Basingstoke: Palgrave McMillan, 2011.
VALENCIA, Á.: *Política y Medio Ambiente*. México: Porrúa, 2014.
VAN HAUTE, E., ed.: *Green Parties in Europe*. London: Routledge, 2019.

Ángel VALENCIA
Catedrático de Ciencia Política
Universidad de Málaga

VER TAMBIÉN: ACERVO DE LA UNIÓN EUROPEA / CALENTAMIENTO GLOBAL Y CAMBIO CLIMÁTICO / CONTRATOS PÚBLICOS / DEMOCRACIA GLOBAL / ESTADO SOCIAL / GLOBALIZACIÓN / MEDIO AMBIENTE / POLÍTICAS PÚBLICAS / TRATADOS INTERNACIONALES / UNIÓN EUROPEA

ELECCIONES

Las elecciones han sido instrumentos de reclutamiento de personas para representar u ocupar puestos en diferentes organizaciones a lo largo de la historia, lo que explica que hayan presentado características diversas. En el ámbito público se trata de procesos institucionalizados, reglados y complejos establecidos para que los ciudadanos seleccionen representantes en diferentes instituciones políticas.

Estos procedimientos han desempeñado funciones cada vez más relevantes desde que se institucionalizaron en el Estado liberal. Las elecciones constituyen un procedimiento esencial para implementar las teorías, principios y normas que fundamentaron la representación política, la soberanía nacional, la división de poderes y demás elementos básicos en el citado modelo de Estado. Desde entonces, han sufrido modificaciones significativas y los fundamentos de sus objetivos y la regulación se han hecho más complejos y diversos, rasgos que también comparten los actores que en ellas intervienen, los electores y los candidatos.

Los estudios académicos de las elecciones se han abordado desde diversas Ciencias humanas y sociales (Filosofía política, Historia y Geografía electoral, Derecho Político y Constitucional, Ciencia Política, Economía, entre otras). Cada enfoque ha priorizado el análisis de alguno de sus elementos, de sus fases o de sus efectos y han ido incorporando las transformaciones que han sufrido, constituyendo un objeto de estudio muy prolífico y multifacético, en buena medida debido a su complejidad y evolución.

Después han cobrado mayor relevancia cuando las elecciones han desempeñado más funciones, como constituirse en un instrumento esencial para lograr la legitimidad y la gobernabilidad de los sistemas políticos en el Estado liberal democrático. Esto de algún modo explicaría que los regímenes autoritarios, incluso los dictatoriales, hayan venido utilizando las elecciones para *tratar* de legitimar su acción política. Sin embargo, esos intentos han sido vanos, ya que paralelamente al proceso de constitucionalización, extensión y reconocimiento del sufragio como un derecho universal fundamental, se han incorporado numerosas procedimientos para salvaguardar principios asociados al mismo, como libertad, igualdad, secreto. Dichas garantías se han ido extendiendo a todas las fases del proceso, para defender la neutralidad de los gobiernos convocantes de las elecciones y de las administraciones dependientes de los mismos. Así mismo, dichas garantías trataron de proteger las elecciones de los defensores de la perpetuación de los privilegios de sectores del Antiguo Régimen, como la introducción de voto plural al tiempo que se ampliaba el derecho de voto, o el clientelismo, *encasillados*, *transformismo, funcionarismo*, para evitar la violencia revolucionaria o reaccionaria, prácticas que se manifestaron en las naciones europeas que celebraban elecciones en el siglo XIX e inicios del XX.

El modelo ideal del sistema político democrático establece el cumplimiento en las elecciones de ciertos requisitos y garantías esenciales tanto durante el proceso (1-3), como antes y durante el mismo (4-5), después (6-7) y a lo largo de todo el proceso (8). Han sido identificados por Robert Dahl en su obra *Poliarquía*. En concreto, se trata de ocho condiciones esenciales: «*1. Todos pueden*

realizar actos vinculados a sus preferencias entre las candidaturas presentadas. 2. Los votos de todos son idénticos. 3. Gana quién obtiene la mayoría de los votos. 4. Todos pueden elegir entre las diversas propuestas. 5. Todos poseen idéntica información sobre las alternativas. 6. Las alternativas con más votos desplazan a las que poseen menos votos. 7. Se cumplen las órdenes de los electos. 8. Todas las acciones durante el periodo interelectoral se subordinan a las establecidas durante el proceso: además las nuevas decisiones cumplen las anteriores y se cumplen ambas». Simultáneamente, se reconoce, e incluso se constitucionaliza en ocasiones (art. 6 CE), la función de los partidos políticos como intermediarios y representantes de los ciudadanos ante las instituciones del Estado, lo que contribuye a aumentar la institucionalización de las elecciones.

Con objeto de ilustrar con mayor precisión este multifacético y complejo concepto, así como sus transformaciones históricas, se describen algunos aspectos relevantes de las elecciones a Cortes en España desde 1810 hasta hoy. Durante dos siglos han sido explicadas y analizadas desde y por el Derecho Político Español, asignatura enciclopédica que ha estudiado la realidad social y política, las relaciones de poder y las ideologías que las sustentan en el marco de las normas constitucionales. Profesores de esta asignatura han analizado específicamente ciertos aspectos de las elecciones (representación, sufragio…), bastantes han ocupado cargos públicos y también han formado parte de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas (Posada, García San Miguel, Marichalar...). Su presidente ocupó una vicepresidencia de la Junta Central desde la Ley de 1907. Después, tanto los profesores de la citada asignatura como los que se adscribieron a Ciencia Política han seguido estudiando estos procesos (Martínez Cuadrado, Montero, entre otros). Los historiadores, españoles e hispanistas (Varela Ortega, Tusell, Carr…), también se han ocupado de las elecciones celebradas durante los siglos XIX y XX. Todos ellos han explicado, investigado y publicado sobre diversos aspectos de estos procesos habida cuenta los relevantes cambios que han sufrido, así como la influencia y las consecuencias que han tenido en la historia política española. A caballo de las citadas disciplinas, J. J. Linz analiza, recoge y sistematiza normas, resultados y electos de todos los procesos celebrados en España (2013, vol. 6, Apéndice).

Durante los dos últimos siglos, la Historia política española ha compartido la inestabilidad de muchas naciones europeas, en las que se han sucedido periodos democráticos más o menos liberales o liberal democráticos, con etapas absolutistas, dictatoriales o autoritarias. En todas las etapas se han celebrado elecciones con normas, electores, candidatos y garantías diversas.

En el contexto de la invasión francesa se inicia el paso de la Monarquía absolutista a la primera Constitución liberal, aprobada tras la celebración de las primeras elecciones de 1810 por sufragio universal masculino indirecto en cuatro niveles. Dicho texto constitucionaliza el sufragio y otros aspectos de las elecciones, como también ocurre con la Constitución vigente (1978), así como la soberanía nacional. Sin embargo, los elementos básicos de los sistemas electorales liberal-democráticos se han recogido en once leyes electorales y varios decretos (el primero en 1810 y el último en 1977). La mayoría se aprobaron en el siglo XIX vinculados a los sucesivos cambios políticos y de gobierno entre moderados y liberales, también llamados progresistas. Las modificaciones más numerosas han

afectado al voto: número de electores o tamaño del censo, la universalidad del sufragio (masculino en 1810, 1868, 1890), incluyendo mujeres (1931 y 1977); el sufragio pasivo también se ha modificado, siendo más restrictivo especialmente para los candidatos al Senado. En la Restauración, las normas electorales combinan elementos tendentes a garantizar las cualidades del voto, como la introducción primero de circunscripciones, es decir distritos plurinominales, y poco después (1890) el voto limitado, que se mantiene hasta la elección de los senadores actuales. Otras normas, por el contrario, limitan el valor del voto, ya que el art. 29 de la Ley electoral de 1907 establecía que cuando solo concurría un candidato no se celebraban elecciones. La consecuencia fue que una media del 25% de electores no pudieron votar en las elecciones celebradas desde entonces, hasta que se suprimió en 1931 dicho artículo. El sistema mayoritario basado en distritos uninominales ha predominado hasta las elecciones de la Segunda República, que los suprime.

Las elecciones en el comienzo del siglo XXI parcialmente comparten desafíos históricos, como el retorno a la personalización de la política y las nuevas formas de clientelismo, que también se manifiestan en España, donde se perpetúa el transfuguismo y la discontinuidad de los electos. Quizá uno de los retos más relevantes para las elecciones se vincula al papel de las nuevas tecnologías y la capacidad de manipular no solo los resultados, sino la posible influencia de las noticias falsas (*fake news*) en las diversas fases del proceso electoral, especialmente las informaciones durante la campaña y los días previos a las elecciones.

BIBLIOGRAFÍA

DAHL, R.: «La poliarquía», en *Un prefacio a la teoría democrática*. Buenos Aires: Grupo Editor Latinoamericano, 1989, cap. 3.

LINZ, J. J.: *Partidos y élites políticas en España*, en «Obras escogidas», vol. 6, diversos capítulos y el apéndice. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2013.

NOLHEN, D.: *Sistema electorales y de partidos*. México: Fondo de Cultura Económica, 1989.

Lourdes LÓPEZ NIETO
Catedrática de Ciencia Política
Universidad Nacional de Educación a Distancia

VER TAMBIÉN: ADMINISTRACIÓN ELECTORAL / CAMPAÑA ELECTORAL / CULTURA POLÍTICA / DEMOCRACIA / ESTADO DEMOCRÁTICO / *FAKE NEWS* / OPOSICIÓN POLÍTICA / PARTICIPACIÓN POLÍTICA / PARTIDOS POLÍTICOS / REGENERACIÓN DEMOCRÁTICA / SISTEMAS ELECTORALES

ELITES POLÍTICAS

La palabra «elite» remite a la idea de «selecto» o «elegido» y el adjetivo «elitista» la suele colorear con tintes negativos. Proveniente del francés directamente del latín (Genieys 2011:15-17), el concepto de elite hace referencia a un grupo de personas sobre las que existe la percepción generalizada de que, usando la medida o la escala que se use (ingresos, inteligencia, prestigio social, rendimiento, riqueza, destrezas, etc.), están «en lo más alto». Por ejemplo, es probable que nadie dude de que Ainhoa Arteta, Plácido Domingo, Montserrat Caballé y José Carreras forman parte de la elite operística mundial, así como Ruth Beitia, Mireia Belmonte, Garbiñe Muguruza o Carolina Marín llevan asociada la etiqueta de «deportistas de elite». Sin embargo, cuando consideramos la gestión o el gobierno de una sociedad hablamos de un grupo reducido que suele ocupar posiciones dirigentes en organizaciones e instituciones.

En consecuencia, el concepto de «elites del poder» o su derivada «elites políticas», se refiere al grupo de personas «que son capaces, en virtud de su posición estratégica en organizaciones y movimientos poderosos, de afectar los resultados políticos de manera regular y sustancial» (Highley y Burton, 2006:7). No obstante, Alcántara (2012:83-4) introduce una matización relevante al considerar como elites políticas a quienes ocupan puestos de elección popular o de libre designación en distintos niveles de la Administración, quienes tienen responsabilidades orgánicas y de asesoría en partidos políticos y quienes han estado en alguna de estas tres situaciones y siguen teniendo influencia. Así, el concepto de «elites políticas» se refiere a un grupo de personas que, por su posición y sus acciones, tienen capacidad para influir sobre la realidad para transformarla o mantenerla (por ejemplo, elaborando o aprobando leyes). Es decir, son actores principales en las relaciones de poder: son capaces de actuar para conseguir sus objetivos o ideales aun frente a la resistencia que pueden presentar otros actores.

Las elites políticas han sido centro de atención de las Ciencias sociales desde las contribuciones de Pareto sobre la circulación de las elites en su *Tratado de Sociología General* (§2032-§2227), las de Mosca en *La clase política*, las de Michels en *Los partidos políticos* (véase Linz, 2009), las de Weber en *La política como vocación* (en España incluido en el texto conocido como *El político y el científico*) y las de Schumpeter en *Capitalismo, Socialismo y Democracia* (capítulos 22-23). Este interés ha reverberado en la generación posclásica de Mills, Aron, Laswell, Linz (cf. vol. 6 de *Obras escogidas*), Bottomore, Blondel, y posteriormente en Keller, Parry o Putnam, generando una miríada de estudios sobre las elites políticas.

En las Ciencias sociales se utilizan tres métodos para identificar a las elites políticas (Putnam, 1976). Tanto el reputacional (preguntar a informantes clave de una comunidad quién tiene poder hasta tener una lista de referentes con más menciones) como el decisional (analizar quién participa en la toma de decisiones concretas en una institución, incluyendo quién tiene capacidad de veto) plantean problemas en comunidades grandes (un país, por ejemplo). El método posicional es el más utilizado. Consiste en identificar a quienes han sido elegidos para ocupar las posiciones de representación (o gobierno) en una institución política

(Parlamento, Ayuntamiento, etc., o también en cualquier organización). De ahí que abunden los estudios de parlamentarios (y ministros). Una vez identificadas, es relativamente fácil construir una base de datos para analizar su perfil social, carreras profesionales, presencia de la mujer, representación, vocaciones, reclutamiento, renovación, actividad parlamentaria, opiniones y actitudes, aspectos de los que las Ciencias sociales españolas han dado cumplida cuenta.

Una forma de abordar el estudio de las elites políticas es observando el tipo de personal que las compone. Destacan dos aspectos. Primero, el tipo de político que predomina y sus consecuencias. En *La política como vocación*, Max Weber distinguió entre quienes viven *de* la política y quienes viven *para* la política. La predominancia de los primeros (profesionales de la política) puede generar tendencias oligárquicas en las elites políticas que dificulten su renovación, mientras que una abundancia de los segundos, en la medida en que no necesitan ingresos para dedicarse a la política, puede generar tendencias plutocráticas que muestran el dominio político de los estratos socialmente privilegiados. Segundo, como las sociedades modernas son heterogéneas pero la composición de cualquier elite política suele seguir el modelo de aglutinación (Putnam, 1976:22), se genera una distancia social o desproporción entre elites políticas y sociedad que suele ser estudiada desde el punto de vista de la representación descriptiva de la que habla Pitkin en *El concepto de representación* y, normativamente, desde la perspectiva microcósmica de la representación.

Existe la creencia de que las elites políticas configuran un bloque social homogéneo y, en cierta medida, distante o separado de la sociedad debido a su capital cultural (educación, carrera profesional) y capital social (relaciones). Quizás sea Mills, en *La élite del poder*, quien con más agudeza describe esta situación, y Andrés Villena (2017) quien aporte evidencias relacionales que sustentan esta idea en España. No obstante, las investigaciones históricas realizadas muestran un aumento progresivo de la diversidad social entre las elites políticas (Best y Cotta, 2000), algo que en Europa del sur se ha analizado recientemente (Kakepaki *et al.,* 2018). En el caso de España, se ha comprobado empíricamente no solo que aumenta la heterogeneidad social de la elite política (basándose en estudios de Parlamentos), sino que esta se parece cada vez más a la sociedad que la elige, al menos en las variables que se pueden comparar sistemáticamente entre territorios y en periodos diferentes (Coller *et al.*, 2018). Es cierto que, tomado en su conjunto para el periodo democrático e incluyendo el Congreso y los 17 Parlamentos autonómicos, el perfil genérico del representante español es el de un varón de edad media, nacido en la provincia en la que obtiene un escaño, con estudios universitarios y generalmente profesional de las leyes o docente. Pero si se compara cómo eran al comienzo de la andadura de la democracia y cómo son 40 años después, se comprueba que ha crecido la diversidad interna de la elite política: ha aumentado la proporción de mujeres (ubicando a las Cámaras de representación españolas como unas de las más abiertas del mundo), crece la edad media aunque hay una distribución más equilibrada entre grupos de edad, hay más diversidad profesional, aunque aumenta ligeramente la proporción de nativos y la de titulados universitarios. El aumento de la heterogeneidad social en su conjunto, además, se ha visto potenciado por la crisis económica, la aparición de nuevos partidos y la renovación de los tradicionales, la implantación de fórmulas más

participativas de selección de candidatos, y por el efecto de las leyes de igualdad de género en sus diversas denominaciones (estatal y autonómicas).

Es decir, tomados en su conjunto, y asumiendo que hay variaciones territoriales y de partido, diversos estudios concluyen que se produce una convergencia entre parlamentarios y sociedad; en la mayor parte de dimensiones, porque aumenta la diversidad social en la política de representación y, en el caso de la educación, porque el nivel educativo de la sociedad aumenta a un ritmo mucho más rápido que el de la elite política. Curiosamente, este acortamiento de la distancia entre elites políticas (al menos en el grupo de parlamentarios) y sociedad no es parejo a la distancia ideológica: según los datos que manejan Sánchez-Ferrer y Coller en el blog *Agenda Pública* («La incongruencia política»), entre 2009 y 2019 se ha producido una polarización ideológica entre los parlamentarios/as que no tiene parangón en la sociedad, generándose una mayor distancia media entre ambos.

BIBLIOGRAFÍA

Nota: el texto procede en buena medida de las contribuciones científicas de su autor, que se citan en esta bibliografía.

Alcántara, M.: *El oficio de político*. Madrid: Tecnos, 2012.

Best, H.; Cotta, M., eds.: *Parliamentary representatives in Europe 1848-2000. Legislative recruitments and careers in eleven European countries*. Oxford: Oxford University, 2000.

Coller, X.: «El sesgo social de las elites políticas. El caso de la España de las autonomías (1980-2005)», en *Revista de Estudios Políticos*, 141 (2008).

Coller, X.; Navarro, M.ª C.; Portillo, M.: «Mitos y realidades de las elites políticas», en Barreda, M. y Ruiz, L. M. (eds.), *El análisis de la política. Enfoques y herramientas de la Ciencia Política*. Barcelona: Huygens, 2016.

Coller, X, *et al.*, eds.: *El poder político en España: parlamentarios y ciudadanía,* Madrid: CIS, 2016 [actualizado en inglés por los mismos autores como *Political power in Spain: The Multiple Divides between Politicians and Citizens*. London: Palgrave, 2018].

— «Elites políticas en España. ¿Convergencia o divergencia con la sociedad?» en Pendas García, B., dir., *España constitucional (1978-2018). Trayectorias y perspectivas* (tomo IV). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2018.

Genieys, W.: *Sociologie politique des élites*. Paris: Armand Colin, 2011.

Higley, J.; Burton, M.: *Elite foundations of liberal democracy*. Lanham: Rowman and Littlefield, 2006.

Kakepaki, M., *et al.*: «The Sociopolitical profile of Parliamentary representatives in Greece, Italy and Spain before and after the Eurocrisis. A comparative empirical assessment», en G. Cordero y X. Coller (eds.) *Democratizing Candidates Selection. New Methods, Old Receipts?* London: Palgrave, 2018.

Linz, J. J.: «Robert Michels y su contribución a la Sociología política», en *Democracias, quiebras, transiciones y retos. Obras escogidas Vol. 4*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.

Putnam, R. D.: *The Comparative Study of Political Elites*. Englewood Cliffs: Prentice-Hall, 1976.

Villena Oliver, A: *¿Cómo se gobierna España? La estructura de las elites gubernamentales en 2004 y 2012*. Granada: Comares, 2017.

Xavier Coller
Catedrático de Sociología
Universidad Nacional de Educación a Distancia

VER TAMBIÉN: BUROCRACIA / CALIDAD DEMOCRÁTICA / CIENCIA POLÍTICA / ESTADO DE PARTIDOS / GOBERNANZA / PARTICIPACIÓN POLÍTICA / POLÍTICA / SOCIEDAD CIVIL

EMOCIONES POLÍTICAS

Frente al predominio histórico del paradigma racionalista en la Teoría Política, se habla hoy de un «giro neurocientífico» que supone el *paradójico regreso de las emociones* al primer plano del debate académico. Se dice ya con naturalidad que nuestras leyes e instituciones democráticas necesitan de nuestro cariño y afecto para que funcionen y sean eficaces y se hace referencia al «amor» y la «compasión» cívica, al «capitalismo emocional» o a la «democracia sentimental». Así pues, las emociones están de moda en casi todas las disciplinas humanísticas, con planteamientos anticipados en los años 70 del pasado siglo por teorías feministas, por los filósofos posmodernos y por algún sector de la Antropología y los «estudios culturales». Un paso fundamental es el desarrollo de la Neurología, con obras relevantes a cargo de autores de cierta notoriedad mediática como Oliver Sacks o Antonio Damasio (este último en su libro, muy difundido, *El error de Descartes*). Las teorías dominantes durante mucho tiempo al estilo de Rawls o Habermas excluyen los sentimientos y las pasiones que ofuscan el entendimiento e impiden la deliberación y la decisión imparcial. Ahora, por el contrario, dichos planteamientos se consideran fríos y abstractos y se afirma que el comportamiento inteligente necesita de las emociones. Más bien, razón y emoción se necesitan, no son excluyentes, y la ciencia prueba que el conocimiento emocional se almacena en las estructuras profundas del cerebro, en el sistema límbico.

Como es propio de la Teoría Política, los nuevos enfoques tienen también un componente ideológico. Por una parte, se habla del impacto de las nuevas tecnologías, que exacerban las emociones en detrimento del análisis racional y permiten a los más pesimistas sostener que la opinión pública se radicaliza, opina sin meditar y «no atiende a razones». Por otra, autores de moda como Byung-Chul Han aseguran que el regreso de las emociones no es en absoluto inocente, sino que deriva, nada más y nada menos, de los intereses económicos del neoliberalismo: el «capitalismo emocional» convierte a la *psique* en una fuerza productiva y un estímulo para el consumo; lo hace de un modo amable, no prohíbe ni coacciona, sino que seduce, pero sigue siendo un arma letal contra la libertad individual.

Frente al racionalismo excesivo y anticuado al cual se considera heredero de la Ilustración (de una cierta Ilustración, habría que matizar), varias disciplinas académicas recuperan ahora nuestra condición de seres emotivos. La propia Economía deja atrás el modelo del *homo oeconomicus* y la Neuroeconomía (así, el Nóbel D. Kahneman) atiende más a los sentimientos que al cálculo racional y egoísta. Incluso la Sociología, a pesar de su impronta positivista, empieza a admitir a la emotividad en el análisis de ciertos fenómenos sociales. Pero la prioridad corresponde sin duda a la Ética y la Filosofía moral, proponiendo incluso una «civilización de la empatía» (Jeremy Rifkin), concebida esta como «vínculo invisible» con capacidad para unirnos a otros seres humanos y esfumar así la línea divisoria entre «nosotros» y «ellos».

Conviene recordar que todo ello tiene antecedentes ilustres en la Ilustración escocesa, donde se conjugan los estudios médicos sobre la «simpatía» con las

doctrinas de los grandes pensadores. Es el caso de Adam Smith (*Teoría de los sentimientos morales*, 1759), de Adam Ferguson (*Ensayo sobre la historia de la sociedad civil*, 1767) y muy especialmente de Francis Hutcheson: a diferencia de los racionalistas, cree que la razón solo juega un papel instrumental para conocer las verdades morales y defiende la existencia de un sentimiento moral connatural a todos los hombres. Más aún, David Hume, acaso el más grande de los filósofos británicos, estima que la simpatía es un eficaz mecanismo de interacción social y, en consecuencia, un vehículo para la socialización: en último término (escribe el autor del célebre *Treatise of Human Nature,* sobre la naturaleza humana, 1739-1740), la racionalidad viene a ser «esclava de las pasiones» que son elemento principal de nuestro comportamiento.

Si nos situamos en el pensamiento actual, es notoria la predilección de la Teoría Política por este enfoque emocional, no solo como una constatación empírica, sino con una dimensión claramente normativa. El regreso de las emociones se pone en relación con la desafección política: es necesario dotar a la democracia de más atractivo para los ciudadanos apelando a algo más que su razón o su interés. Frente al liberalismo «triste y melancólico», se trata de reforzar el apego emocional hacia las instituciones, en busca de ese «giro afectivo» que suscite entusiasmo y compromiso. Tal vez la autora más relevante en este ámbito es Martha Nussbaum, en busca de un «liberalismo emocional» cercano en algunos aspectos a las tesis del republicanismo. Su ideal es la formación de *sentimientos inteligentes*, al modo de Aristóteles, puesto que las emociones nos vinculan a la comunidad y son un móvil para la acción individual y colectiva. Así, todas las emociones sobre las que se sustenta una sociedad decente tienen sus raíces en el amor. No obstante, son emociones ambivalentes: por ejemplo, el amor a la patria puede ser bueno para fomentar el atractivo moral de la democracia o puede dar lugar al fanatismo. Otras autoras como Sharon Krause o Chantal Mouffe se sitúan en la misma línea. Por su parte, Michael Walzer observa las dos caras de las emociones, «buenas» y «malas»: así, la indignación puede ser útil para reaccionar contra la injusticia y la opresión, pero también puede provocar odio.

En definitiva, es preciso situar en sus justos límites la presencia de las emociones en la Teoría Política. Por una parte, porque –como señala el citado Damasio– su estudio está todavía en su «infancia», ya que el cerebro es complejo y misterioso y las propias emociones interfieren en la manera en que las observamos y en las conclusiones que obtenemos. Además, también son una construcción social y cultural, a través de la educación, las leyes o las instituciones. Por otra parte, porque lo mismo que hay peligros en un exceso de razón, también los hay en un exceso de pasión. Dos pensadoras españolas formulan interesantes matices al respecto. Así, la académica y catedrática Adela Cortina, autora de obras de referencia sobre Neuroética, nos advierte sobre las consecuencias relativas a la responsabilidad individual: por ejemplo, la predisposición biológica de un acusado utilizada como atenuante o eximente en un proceso penal. A su vez, Victoria Camps, también catedrática de Ética, afirma que si reducimos la política a pura emoción corremos el riesgo de caer en un «culto a lo emotivo» como reflejo de un individualismo exacerbado y narcisista.

En rigor, conviene ser conscientes de que las emociones también son fácilmente manipulables, como bien saben

los demagogos y estrategas políticos de todos los tiempos. De ahí que, asumiendo la «sentimentalización» de la vida y la dimensión afectiva de la política, debamos ser prudentes en una materia tan delicada. Lo mismo que las emociones mal encauzadas pueden causar «estragos» en la vida personal, también su influencia en la vida política puede ser negativa para la convivencia.

BIBLIOGRAFÍA

BYUNG-CHUL HAN: *Psicopolítica*. Barcelona: Herder, 2014.
CAMPS, V.: *El gobierno de las emociones*. Barcelona: Herder, 2011.
CORTINA, A.: *Neuroética y Neuropolítica. Sugerencias para la educación moral*. Madrid: Tecnos, 2011.
DAMASIO, A.: *El error de Descartes. La razón, la emoción y el cerebro humano*. Barcelona: Destino, 2011.
INNERARITY, D.: *La política en tiempos de indignación*. Barcelona: Galaxia Gutenberg, 2011.
LOSADA MAESTRE, R.: «El error de Damasio. La aplicación del marcador somático a las decisiones políticas», en *Revista de Estudios Políticos*, 186 (2019).
NUEZ, P. de la; WENCES, I.: «El paradójico regreso de las emociones», en *Cuadernos Hispanoamericanos*, 792 (2016) [El texto constituye un resumen del artículo citado].
NUSSBAUM, M.: *Emociones políticas. ¿Por qué el amor es importante para la justicia?* Barcelona: Paidós, 2014.
RIFKIN, J.: *La civilización empática*. Barcelona: Paidós, 2010.
WALZER, M.: *Passions and Politics*. New Haven: Yale University Press, 2005.

Paloma de la NUEZ
Profesora de Historia de las Ideas Políticas
Universidad Rey Juan Carlos

Isabel WENCES SIMON
Profesora Titular de Ciencia Política
Universidad Carlos III de Madrid

VER TAMBIÉN: COMUNICACIÓN POLÍTICA / CONVIVENCIA / CULTURA POLÍTICA / DIGNIDAD / FILOSOFÍA POLÍTICA / POLÍTICA / PSICOLOGÍA POLÍTICA / SÍMBOLOS POLÍTICOS / TEORÍA POLÍTICA NORMATIVA

ESTADO ASEGURADOR

A lo largo de nuestra vida nos enfrentamos a situaciones tanto de riesgo (no sabemos qué sucesos ocurrirán, siendo capaces de asignarles una probabilidad –aunque solo sea subjetiva–), como de incertidumbre (no sabemos qué sucesos van a ocurrir y cuáles no, y no sabemos con qué probabilidad), en la ya clásica definición de Frank Knight en 1921.

Los mercados financieros, a través de seguros y otros productos, permiten cubrirnos ante situaciones de riesgo. Así, ante el riesgo de que roben en nuestra casa, contratamos un seguro que, bien calculado actuarialmente, nos cubre las pérdidas en caso de que el siniestro se produzca y, en caso de que no se produzca, hemos pagado la prima del seguro a cambio de la tranquilidad de estar cubiertos. Los economistas Von Neumann y Morgensten desarrollaron en 1944 la *teoría de la utilidad esperada* que describe con precisión estos fenómenos económicos. Si bien Daniel Kahneman y Amos Tversky, autores de la Economía del Comportamiento, han demostrado y explicado que las personas con mucha frecuencia no nos comportamos con el alto grado racionalidad que predice la teoría de la utilidad esperada.

Inquietud que nos produce la falta de certeza sobre acontecimientos importantes en nuestra vida. Ya en la Antigüedad clásica existía el *nauticum foedus* o préstamo a la gruesa ventura, que aseguraba el riesgo de pérdida en caso de naufragio de la embarcación. El más famoso de estos contratos fue el de las Capitulaciones de Santa Fe entre Isabel la Católica y Cristóbal Colón.

Ahora bien ¿pueden los mercados financieros cubrir todos los posibles riesgos? A esa pregunta respondieron en 1954 Kenneth Arrow y Gérard Debreu con su teoría del equilibrio general y los mercados completos. Para estos autores, si la información es perfecta y conocida por todos los agentes, no hay costes de transacción, los diferentes sucesos son estocásticamente independientes y se dan las condiciones de competencia perfecta, entonces habrá un precio para cada bien en cada momento y bajo todo tipo de sucesos. Es decir, habrá un precio para, por ejemplo, el trigo hoy o dentro de cinco años, haya sequía, inundaciones o buen tiempo. El mercado será completo y tendremos tantos valores financieros como bienes y estados de la naturaleza.

Es sencillo observar que las condiciones para la completitud de los mercados están muy lejos de cumplirse en la práctica, y que los mercados son, por tanto, incompletos: no se puede asegurar todo. Son muchas las razones que llevan a que los mercados sean incompletos.

Porque ocurren con muy poca frecuencia, como una pandemia; en esos casos no es posible hacer cálculos actuariales y el mercado falla. Algo similar ocurre si los sucesos no son independientes y están altamente correlacionados.

En segundo lugar, la información no es perfecta y, sobre todo, es asimétrica, no todo el mundo tiene la misma información. Esa asimetría lleva a problemas de selección adversa y de riesgo moral.

La selección adversa consiste en la autoclasificación de los individuos respondiendo a sus distintos incentivos. Por ejemplo,

en el seguro de vida: supongamos que se ofrece un seguro de vida a la población. Los compradores se dividirán ellos mismos según su situación. Los más jóvenes y sanos lo verán poco atractivo, mientras que las personas con una enfermedad grave verán la ventaja de suscribirlo (cobrarán sus familias mucho más de lo aportado en primas con alta probabilidad). Al contratarlo en más proporción las personas con más riesgo de morir pronto, las primas tendrán que subir para no provocar pérdidas por las indemnizaciones, lo que a su vez expulsará a más gente sana hasta que el seguro se deje de ofrecer.

El riesgo moral se refiere a la actitud del propio asegurado. Volvemos al ejemplo del seguro contra el robo en la casa: Si la compañía aseguradora asegura todos los costes al 100 %, nos volveremos más descuidados y no pondremos la alarma ni cerraremos bien la puerta de entrada, lo que aumenta la probabilidad de robo. Por eso, las compañías de seguro no suelen garantizar el total del coste del siniestro, pero a su vez esto obliga al asegurado a mantener un cierto grado de intranquilidad.

En tercer lugar, la realidad social y económica dista en muchos casos de las condiciones de la competencia perfecta. La existencia de externalidades, bienes públicos, monopolios naturales o estructuras de mercado poco competitivas llevan a los fallos de mercado más clásicos.

Por tanto, sabemos que los mercados son incompletos y que no todo se puede asegurar.

Dado que los mercados de seguro son incompletos ¿puede el Estado sustituirlos? En determinados casos sí. La razón es que el Estado obtiene sus recursos de los contribuyentes pasados (el Museo del Prado es un ejemplo de activo financiado por ellos), los presentes e incluso puede comprometer los futuros y de una forma coercitiva. Además, puede cubrir los riesgos de forma cruzada, pues todas las aportaciones llegan en forma de impuestos y sirven para cubrir todos los riesgos. Las compañías de seguros solo pueden compensar riesgos entre clientes presentes y separando los riesgos: los seguros de automóvil entre automovilistas, de responsabilidad civil entre profesionales, etc.

Pero, sobre todo, la diferencia está en el tamaño. Hay dos formas de disminuir el riesgo: diversificar (*risk pooling*) y repartir (*risk spreading*). Un ejemplo de lo primero es la diversificación de carteras; de lo segundo, las acciones de una sociedad anónima repartidas entre miles de accionistas. Cuantos más riesgos diferentes haya y más agentes los soporten, más se disminuye el riesgo. Por eso una Comunidad Autónoma puede cubrir menos riesgos que el Estado español y este a su vez menos que la Unión Europea. Los Estados de las economías de mayor tamaño pueden asumir más riesgos que los de menor. No es casual que los Estados Unidos, la mayor economía del planeta, pudiera llegar antes que nadie a la luna.

Por todo ello, muchos riesgos no asegurados por el mercado lo son por el sector público, actuando como asegurador de último recurso. Ya Adam Smith consideraba que las grandes infraestructuras debían correr a cargo del Estado (un caso de reparto del riesgo), pero también hoy día aseguramos desde el Estado el seguro de desempleo (correlación de riesgos y diversificación), las pensiones y sanidad (selección adversa), y otros menos conocidos como parte del seguro agrario, el riesgo político de exportación (incertidumbre), el crédito oficial (selección adversa), etc.

Sin embargo, el Estado no puede asegurarlo todo (sus recursos y capacidad de

compensar riesgos tienen un límite) y la propia actuación del sector público está sometida a fallos de forma paralela a los fallos de mercado, incluso la intervención pública podría no mejorar la eficiencia si la distorsión que provoca es sustancial.

Así, muchas veces se actúa por presión política o mediática, sin calibrar bien el impacto futuro que estas actuaciones tendrán en las finanzas públicas. Además, en múltiples ocasiones se considera que la obligación pública está implícita (políticamente se considera así), como, por ejemplo, la repatriación de nacionales de una zona de conflicto a pesar de que se dio aviso de no viajar por parte del Ministerio de Asuntos Exteriores. El conjunto de obligaciones de cobertura presente y futura del sector público es poco transparente y conocido, esto lleva a asumir riesgos excesivos por presión de grupos de interés.

Además, la actuación pública lleva a conductas de riesgo moral por parte de los ciudadanos, es decir, incentiva comportamientos irresponsables, como el caso de los viajes en zona de conflicto mencionado antes. A su vez, las actuaciones públicas muchas veces expulsan de forma ineficiente al aseguramiento privado, por ejemplo, una alta tasa de reemplazo de las pensiones reduce el incentivo a hacerse planes privados.

En definitiva, no todos los riesgos se pueden asegurar por el mercado y el Estado puede actuar como asegurador de último recurso en muchos casos.

En el caso de catástrofes naturales y pandemias es la única instancia a la que el público puede recurrir. En este caso se acude a socorrer a los afectados no solo con los recursos de la generación presente, sino también de la generación futura, mediante ingentes emisiones de deuda pública, con la esperanza de que la rareza de estos fenómenos permita distribuir su coste en el tiempo.

No obstante, la presión social y política puede llevar a asegurar estos riesgos más allá de lo que permite el tamaño y los recursos del país y crear incentivos perversos en la población. La función de asegurador de último recurso es quizás la más importante de las funciones económicas del Estado y no por ello la más visible y reconocida. De hecho, salvo en momentos puntuales como la pandemia ocasionada por la COVID-19 en 2020, pocas peticiones políticas hay para reforzar esta función y regularla adecuadamente. La literatura económica es escasa en este tema y la OCDE o el Fondo Monetario Internacional llevan solo unos años analizando la función aseguradora del Estado.

Quizás es el momento de ponerla en valor y transformar los actuales Estados del Bienestar de carácter claramente redistributivo en Estados del Bienestar aseguradores, más aún en un mundo globalizado y con intensos cambios tecnológicos como el actual.

BIBLIOGRAFÍA

Geanakoplos, J.: «Arrow–Debreu model of general equilibrium», en *New Palgrave Dictionary of Economics*. London: Palgrave, 1987.

Knight, F. H.: *Risk, Uncertainty, and Profi*t (1921). Eastford (CT): Martino Fine Books, 2014.

Moss, D. A.: *When all else fails. Government as the ultimate risk manager*. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

VV. AA.: *How to Strengthen the Management of Government Guarantees*. Washington: IMF, 2017.

VV. AA.: *Government as Insurer of Last Resort*. London: HMS Treasury, 2020.

Álvaro Nadal
Técnico Comercial y Economista del Estado
Ex Ministro

VER TAMBIÉN: ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO / CALIDAD DEMOCRÁTICA / CIENCIA DE LA ADMINISTRACIÓN / ESTADO NEUTRAL / ESTADO SOCIAL /GOBERNANZA / GRUPOS DE INTERÉS / ORGANISMOS REGULADORES / POLÍTICA CIENTÍFICA / POLÍTICA CRIMINAL / POLÍTICA CULTURAL / POLÍTICA SANITARIA / POLÍTICAS PÚBLICAS

ESTADOS UNIDOS

Estados Unidos fue el resultado de trasplantar a su fértil suelo las ideas ilustradas que configuraron la modernidad y no luchó por superar el Antiguo Régimen. La excepcionalidad y la posibilidad de un nuevo comienzo se encuentran muy presentes en la psicología social norteamericana. El tamaño de su territorio, mayor que toda Europa, es un dato esencial. Con frecuencia se dice que la costa Este mira a Europa, la costa Oeste mira al Pacífico y el resto se mira a sí mismo.

Durante su historia, Estados Unidos ha conocido migraciones internas continuas y hoy la movilidad de trabajadores y empresas por todo su territorio sigue siendo muy alta. Gracias al atractivo de un desarrollo económico casi continuado, es el país que más inmigrantes ha recibido durante los dos últimos siglos. Hasta la actual corriente política encabezada por Donald Trump, Estados Unidos ha sido un país abierto a los que venían de fuera en busca de libertad y oportunidades. Con luces y sombras, ha sabido integrar en su sociedad a la gran corriente de aquellos que perseguían formar parte del llamado sueño americano.

El reto de mantener unido un país gigante y diverso se ha conseguido a través de un patriotismo joven y una identidad nacional fuerte, con héroes cívicos muy celebrados (George Washington, Abraham Lincoln, John Kennedy, Martin Luther King) y el símbolo omnipresente de la bandera. El pensamiento posmoderno, inspirado en la filosofía de la sospecha, ha hecho mella en algunos departamentos de sus universidades, pero no en la combinación de idealismo y pragmatismo que lleva a la acción, una actitud moderna propia de la mentalidad norteamericana.

Estados Unidos sigue realizando la investigación más puntera en casi todos los campos del saber a través de las mejores universidades del mundo. La relación simbiótica del gobierno, las empresas y los centros universitarios permite mantener una I+D de referencia, que provoca la atracción global de las mejores cabezas y los proyectos más innovadores.

La desigualdad económica ha crecido con la gran crisis económica de 2008 y la etapa de crecimiento actual no ha servido para revertir esta tendencia. El índice de pobreza se mantiene en torno a un 11% de la población. En cuestiones de sanidad pública, el Estado adopta un papel menos garantista: hasta 28 millones de ciudadanos carecen de cobertura sanitaria, aunque el gasto público por habitante en esta materia es semejante al de un país europeo.

Estados Unidos adquirió la condición de superpotencia tras las dos guerras mundiales y de potencia hegemónica tras vencer en la Guerra Fría. Su poder blando (*soft power*) ha sido tan importante a la hora de moldear valores y preferencias culturales en todo el mundo como su poder militar y económico. El componente militar es muy importante en la sociedad norteamericana, en comparación de los países europeos. La religiosidad está también más desarrollada que en Europa, precisamente por no identificarse con un Antiguo Régimen de privilegios limitador de derechos. Esta religiosidad extendida se vincula en ocasiones a grupos étnicos y es una de las fuentes

para creación de sentido de pertenencia en las comunidades locales.

Los conflictos raciales se encuentran muy presentes. La población afro-americana está mucho más expuesta que el resto a la pobreza, a la pena de cárcel, a sufrir la violencia urbana y a la brutalidad policial. La Guerra Civil de 1861-65 con la que el país selló su unidad y terminó con la esclavitud sigue teniendo importantes secuelas.

El genio político de los padres fundadores de Estados Unidos –Washington, Jefferson, Hamilton, Madison, Adams, Jay, Franklin– dotó al país de un gobierno de instituciones separadas que comparten el poder, a través de un sistema de centros de poder que compiten entre ellos. La capacidad de innovación, durabilidad y adaptabilidad de la democracia norteamericana atraviesa en nuestro tiempo un período que pone a prueba sus fundamentos. Los últimos presidentes (George Bush hijo, Barack Obama, Donald Trump) han defraudado las expectativas de quienes les reclamaban grandes transformaciones. La intensa polarización ideológica y económica y la invocación de grandes principios innegociables dificulta tejer coaliciones y elaborar consensos.

Hay dos problemas principales que debilitan la calidad de la democracia norteamericana: la financiación privada sin límites legales de las campañas y la potestad de delimitar distritos electorales a medida de candidatos (*gerrymandering*). Los partidos políticos, originados en la primera mitad del siglo XIX, son hoy sobre todo etiquetas compartidas por actores individuales dispuestos a emprender, cuyas plataformas programáticas están altamente condicionadas por sus financiadores. El Partido Republicano se ha deslizado hacia una formación populista que promueve una agenda de políticas conservadoras. Favorece los intereses de las rentas más altas y de las empresas que reclaman desregulación en energía, medio ambiente o finanzas. El Partido Demócrata se ha escorado a la izquierda y ha abrazado la política de identidades, sin ser capaz de elaborar un discurso nacional y unificador dirigido a todos los ciudadanos.

Estados Unidos cuenta con el tribunal más poderoso del mundo, intérprete final de una Constitución que evoluciona sin necesidad de grandes cambios formales. El Tribunal Supremo es creador de principios y de derechos, a partir de su interpretación de la demanda social. Hoy se pronuncia de modo más matizado que en otras épocas, centrado en determinar la razonabilidad de la acción del gobierno. En una materia tan sensible como el derecho de portar y poseer armas no ha querido imponer limitaciones y ha dejado que el proceso político decida.

Nada volverá a ser lo mismo en Estados Unidos tras el paso de Donald Trump por la Casa Blanca. El presidente actual ha sometido a un verdadero *test de stress* a la primera democracia del mundo. Con sus tuits incansables, ha dado alas al racismo, al rechazo de los inmigrantes y a las versiones más extremas del nacionalismo. Ha despreciado la independencia judicial, los medios de comunicación y las agencias de inteligencia. Ha evitado, en suma, identificarse con los valores de la democracia liberal. En el plano internacional, ha impulsado un repliegue de su país, en contra de los intereses norteamericanos. Su reflejo aislacionista ha hecho más débil a Estados Unidos. La tarea de frenar a China, la superpotencia emergida, en especial en los campos de la tecnología, la ciberseguridad, las inversiones y el comercio, es central en la

agenda de política exterior norteamericana. El poderío militar norteamericano representa todavía el 50% del total de capacidades en el mundo, pero el poder blando se ha reducido drásticamente durante el primer mandato de Trump.

El magnate neoyorquino se ha aupado al poder con un discurso populista basado en la escisión maniquea entre «el pueblo» y «la elite corrupta de Washigton». Trump ha sabido conectar con la sensación extendida de frustración con los representantes políticos, el miedo al futuro y el reflejo de excluir al «otro», el que viene de fuera. En el contexto de una globalización que ya no responde a reglas occidentales, acelerada por el cambio tecnológico y sacudida por la emergencia climática, la idea de progreso continuado se ha roto para muchos.

La huella más duradera de la presidencia Trump es su enorme éxito nombrando jueces, una verdadera revolución conservadora. El presidente ha dejado que esta facción del Partido Republicano inspire las nominaciones. En muy poco tiempo han sido confirmados casi un centenar de jueces federales. Aún más relevante ha sido el nombramiento de dos jueces para reforzar la mayoría conservadora en el Tribunal Supremo.

La pregunta es si el presidente norteamericano es un paréntesis o representa el principio de un ciclo que altera los ejes de la convivencia democrática y cívica ensayada desde la independencia en 1776 y saca de sus ejes a la política exterior americana, para derribar lo que queda del orden mundial diseñado en 1945. Será determinante, por tanto, el resultado de las elecciones presidenciales de 2020.

BIBLIOGRAFÍA

Ferling, J.: *Jefferson and Hamilton*. New York: Bloomsbury Press, 2014.
Jenkins, P.: *Breve historia de Estados Unidos*. Madrid: Alianza, 2002.
Isaacson, W.: *American sketches*. New York: Simon & Schuster, 2009.
Mccloskey, R. G.: *The American Supreme Court*. Chicago: University of Chicago Press, 2005.
Sitaram, G.: *The crisis of the middle-class Constitution*. New York: Knopf, 2017.
Taylor, P.: *The next America*. New York: Public Affairs, 2014.

José M. de Areilza Carvajal
Profesor de ESADE
Secretario General de Aspen Institute España

VER TAMBIÉN: ASIA-PACÍFICO / CHINA / *FAKE NEWS* / FEDERALISMO / GLOBALIZACIÓN / IMPERIO-IMPERIALISMO / **PANDEMIA: PERSPECTIVA INTERNACIONAL** / PODER BLANDO / POSVERDAD / SOCIEDAD INTERNACIONAL / SUPERPOTENCIAS

FAKE NEWS

La digitalización de la conversación pública, intensificada con la aparición del *smartphone* y el crecimiento posterior de las redes sociales, trae consigo una renovada preocupación por la veracidad de las noticias que sirven de base a la discusión colectiva. Acontecimientos políticos de primer orden, que van del *Brexit* a la victoria de Trump o el *procés* separatista en Cataluña, sugieren una conexión entre la difusión de noticias falsas y el aumento de la polarización social. Se ha llegado a sugerir, incluso, que el auge del populismo no habría tenido lugar sin la multiplicación de las *fake news*. Es una explicación consoladora, ya que bastaría con poner coto a la producción de noticias falsas para regresar a algún tipo de normalidad democrática. Ocurre que siempre ha habido falsedad informativa, ya se tratase de manipulaciones deliberadas, rumores malintencionados o teorías conspiratorias. De ahí que se haga necesario demarcar con rigor el campo semántico de las *fake news* en su modalidad contemporánea.

¿Qué son exactamente las *fake news*, cómo pueden ser identificadas, de qué manera podemos evaluar su efecto sobre las preferencias de los ciudadanos? Aunque la etiqueta es nueva, la literatura académica ha venido discutiendo el periodismo paródico y los pastiches satíricos desde los años 90, llamando la atención sobre la gradual difuminación de la frontera entre hechos y ficciones. Por su parte, el concepto de *bullshit* ha sido propuesto como la expresión de un tipo de discurso que se desentiende de la verdad: una suerte de sofística para la era moderna. Pese al papel jugado por la televisión en la erosión de la creencia en la veracidad, sin embargo, son las nuevas tecnologías de la información las que –rebajando dramáticamente los costes de su producción– hacen posible la proliferación de las noticias falsas en una esfera pública revolucionada por la conectividad de masas.

Para hablar de «noticias falsas» necesitamos de una falsedad que se presente bajo la apariencia de noticia, con la intención oculta de distorsionar algún tipo de material factual. De ahí que algunos intérpretes pongan el foco en los productores de noticias falsas y no en su contenido: lo decisivo será que la falsedad adopte la apariencia de una noticia producida por un medio ordinario, careciendo en cambio del propósito deontológico y la organización funcional de este. Esta definición deja fuera las noticias falsas que difunden organizaciones o ciudadanos, que no obstante juegan también un papel destacado en el desordenamiento de la esfera pública. Hablamos de la difusión ciudadana de hechos noticiosos, a menudo mediante imágenes que no se corresponden con la realidad descrita o son presentadas de manera engañosa. También aquí nos encontramos con una apariencia de noticia, aunque provenga del llamado «periodismo ciudadano», que persigue confundir al público.

Se hace preciso, por el contrario, conservar la distinción entre noticias falsas y opiniones sesgadas. Una información falsa o engañosa, susceptible de validación empírica, difiere de aquella interpretación de hechos que deriva de un sesgo ideológico o de una particular visión del mundo. La existencia de un sesgo no conduce necesariamente a la producción de falsedades: enmarcar la noticia de un modo favorable a interpretaciones particulares de los mismos es una práctica

habitual en el debate público y responde al carácter polisémico de la vida social. Podemos así concluir que las noticias falsas son una deliberada invención o manipulación *factual* que persigue propósitos contaminadores y adopta la forma de una noticia veraz. De ahí su impacto sobre la base compartida de la discusión pública, que idealmente constituye el fundamento del debate normativo en las sociedades pluralistas.

Las noticias falsas no pueden explicarse como el resultado de un solo factor, sino como el destilado de un conjunto de ellos. Sin duda, la digitalización es indispensable para dar cuenta de su producción y difusión, pero no produciría sus efectos en ausencia de determinadas condiciones epistémicas o políticas. Podemos así identificar los siguientes factores: (i) epistemológicos, consistentes en la erosión paulatina de la verdad por efecto de la posmodernización y el construccionismo social; (ii) tecnológicos, por la facilidad con que las noticias falsas pueden ser manufacturadas, consumidas y difundidas en un espacio público digitalizado; (iii) demográficos, a la vista de la mayor credulidad exhibida ante las noticias falsas por los usuarios de mayor edad; (iv) económicos, que se cifran en la intensa competencia entre los medios de comunicación por la atención del público, que conduce a estrategias comunicativas más hiperbólicas y sensacionalistas; (v) afectivos, pues la Psicología nos ha enseñado que los individuos propenden al sesgo de confirmación, de tal manera que abrazarán las historias que confirmen sus creencias y rechazarán aquellas que las amenacen; y (vi) políticos, dado que la generalización del estilo político populista, con su énfasis en la emocionalidad o el contacto directo entre el líder y sus seguidores, crea un clima favorable a la difusión de las noticias falsas.

Ahora bien: no existe un consenso claro acerca de la eficacia de las *fake news*, ni existe una metodología que permita verificar de manera fidedigna su impacto sobre los individuos que entran en contacto con ellas. Se reproduce aquí la más general dificultad que plantea la medición de los llamados «efectos mediáticos», pues determinar cuántas personas han estado en contacto con una noticia falsa no es lo mismo que saber cuántas la han leído o dado por verdadera, ni de qué modo ha influido aquella en su percepción o sus preferencias. Los estudios empíricos disponibles, muchos de ellos referidos a la elección presidencial norteamericana de 2016 que llevó al poder a Donald Trump, sugieren que un número reducido de individuos consume una gran cantidad de noticias falsas y que quienes presentan más propensión a difundirlas suelen ser ya activos consumidores de noticias: la mayor intensidad política genera así sus propias degeneraciones. Si se compara el número de noticias falsas con el número total de noticias en circulación, por lo demás, su proporción es exigua.

No debe deducirse de aquí, sin embargo, que las *fake news* son un fenómeno irrelevante. Sus consecuencias sobre la discusión pública pueden ser indirectos, minando la confianza de los ciudadanos en la democracia y su capacidad de producir información veraz. Peor aún, los propios actores políticos han comenzado a producir *fake news* en forma de declaraciones públicas realizadas en redes sociales: afirmaciones de hecho que no se corresponden con la realidad, pero convienen a su estrategia política. A ello hay que añadir que los propios periodistas usan cada vez más las redes para expresar sus posiciones políticas, erosionando con ello el *ethos* de veracidad que –al menos desde un punto de vista normativo– están llamados a encarnar. Siguiendo a Hannah

Arendt, una esfera pública cacofónica donde el ciudadano no sepa orientarse puede socavar el fundamento común de la disputa entre opiniones: si los hechos mismos se convierten en objeto de discusión, no hay deliberación posible.

Una buena muestra de la ambivalencia del fenómeno puede encontrarse en el papel jugado por la desinformación maliciosa durante la pandemia de la Covid-19. Los fakes propiamente dichos no parecen haber provocado grandes distorsiones perceptivas: su abundancia, previsible en un marco de incertidumbre científica y social, no se compadece con un impacto discernible. En cambio, no puede decirse lo mismo de algunos mensajes emitidos por los gobiernos y amplificados por los medios de comunicación tradicionales. Allí donde los gobiernos desdeñaron inicialmente la gravedad del virus, retrasándose con ello la adopción de medidas de salud pública y la familiarización de los ciudadanos con los riesgos asociados al contagio, la desinformación tuvo un alcance mucho mayor que el que habitualmente alcanzan las fake news en sentido propio. Sin embargo, no hemos de vérnoslas aquí con bulos y mucho menos con formas verificables de intoxicación comunicativa: los emisores de este tipo de mensajes pueden apelar a la incertidumbre científica y a la dificultad intrínseca al juicio político. Por más que una decisión política pueda aparecer como buena o mala a la vista de sus resultados, en modo alguno podría reducirse a la lógica de lo verdadero y de lo falso. Para demostrar su mendacidad, sería necesario demostrar que se ha ignorado deliberadamente una base factual inequívoca. Es justamente eso lo que hacen las fake news, revistiéndose del aire de respetabilidad de los canales profesional de información. Pero si un canal profesional de información reproduce el mensaje emitido por un gobierno, no estaría desinformando. Se ve así con claridad que la categoría fake news tiene poca relevancia si se la entiende de manera estricta, mientras que si nos fijamos en el conjunto de las formas contemporáneas de desinformación –multiplicado su número y su variedad por efecto de la digitalización– advertimos fácilmente su creciente importancia para el desarrollo de la política democrática.

No obstante, quizá esto no sea más que la inevitable consecuencia del pluralismo. En la medida en que las sociedades liberales se hacen más diversas e individualistas, el conflicto político se hará más intenso. Y la comunicación humana, imbuida por sí misma de intereses y valores, no servirá para desactivarlo. Ya el propio Hobbes lamentaba las «guerras de opinión» que amenazan con fracturar irremediablemente a la comunidad política y exigen de la acción censora del soberano. Puede argüirse, en fin, que el impacto de las noticias falsas tiene tanto que ver con la digitalización como con la radicalización de la lógica democrática que conduce al debilitamiento de la autoridad epistémica de los agentes tradicionales y el general escepticismo respecto de la existencia de una verdad desligada de intereses particulares.

BIBLIOGRAFÍA

Jones, J.: «"Fake" news versus "Real" news as sources of political information: *The Daily Show* and postmodern political reality», en: G. Bolin (ed.), *Politicotainment*. New York: Peter Lang, 2007.

Lazer, D. M., *et al.*: «The science of fake news», en *Science*, 359, 6380 (2018).

MCNAIR, B.: *Fake news: Falsehood, fabrication and fantasy in journalism*. London: Routledge, 2018.
NEUMAN, W. R.: *The digital difference. Media technology and the theory of communication effects*. Cambridge: Harvard University Press, 2016.
SUNSTEIN, C.: *#Republic. Divided democracy in the age of social media*. Princeton: Princeton University Press, 2018.

Manuel ARIAS MALDONADO
Profesor Titular de Ciencia Política
Universidad de Málaga

VER TAMBIÉN: CALIDAD DEMOCRÁTICA / DEMOCRACIA / LIBERTAD DE EXPRESIÓN / LIDERAZGO POLÍTICO / **PANDEMIA: PERSPECTIVA ÉTICA** / POPULISMO / POSVERDAD

FASCISMO

Término historiográfico/politológico en el que debe distinguirse, cronológicamente, el fascismo clásico (1919-1945) de los neofascismos a partir del fin de la Segunda Guerra Mundial. El período del fascismo clásico comprende desde la fundación del Partido Fascista en Italia en 1919 hasta el ajusticiamiento de Benito Mussolini por partisanos y el suicidio de Adolf Hitler en 1945.

El contexto histórico en el que surge es la crisis sistémica de las democracias liberales europeas del primer tercio del siglo XX, en el que a las graves consecuencias políticas, sociales y económicas del fin de la Primera Guerra Mundial y la Revolución rusa se añadirían sucesivas crisis hasta el culmen de 1929. La incapacidad de los sistemas liberales representativos de solucionar sus múltiples contradicciones internas conduciría a una doble vía de solución. Por un lado, unos pocos países adoptarían la senda política de la adopción de instituciones democráticas (como la asunción constitucional de los derechos de los colectivos), mientras que otras naciones solucionarían la crisis mediante la destrucción de los Estados de Derecho y su sustitución por diferentes modelos autoritarios o totalitarios. Dicha destrucción se efectuó mediante una alianza de diferentes grupos políticos de derecha radical (ultranacionalistas, corporativistas, fascistas, tradicionalistas, conservadores revolucionarios, etc.) en lo que ha venido en llamarse un *compromiso autoritario*. Los fascistas formaban parte de esa alianza y, dependiendo de la fuerza política que rentabilizara la destrucción del régimen liberal-representativo, se implementó un modelo u otro: dictadura militar en España, corporativismo católico en Portugal, fascismo en Italia y Alemania, etc.

No existe consenso académico sobre el término fascismo (de ahí su banalización) dada la complejidad de los múltiples elementos que abarca: una ideología poco elaborada (la única nacida en el siglo XX) como teoría política, puesto que propugna que la acción debe predominar sobre el pensamiento; movimientos políticos de derecha radical y/o extrema derecha y un tipo de regímenes estatales (cuyos modelos fueron Italia de 1922 a 1943 y Alemania de 1933 a 1945) que se implementaron en Europa en el primer tercio del siglo XX. De ahí su muy difícil conceptualización y establecimiento de sus características básicas. Sin embargo, el análisis comparativo de ideas, movimientos políticos y regímenes nos permite afirmar, al menos por lo que se refiere al fascismo clásico (1919-1945), que fascismo es una combinación de unas determinadas ideas, unos determinados objetivos y el uso de unos determinados métodos. El fascismo fue un ultranacionalismo militarista armonicista y antidemocrático que planteaba la necesidad de organizar movimientos políticos interclasistas para acabar con la decadencia y retornar a la grandeza de la nación, entendida como una unidad cultural o racial.

La suprema bondad y justeza de su objetivo final justificaba cualquier método empleado para su logro, de ahí que combinaran tácticas y método legales (elecciones) e ilegales (palizas, asesinatos) a partir de unidades políticas estructuradas militarmente que utilizaban una violencia racionalizada sin ningún tipo de cortapisa ni ética ni legal. Sus planteamien-

tos teóricos y actos políticos fueron extremistas y doctrinarios y radicalmente antiliberales y antimarxistas. Plantearon, demagógicamente, una tercera vía alternativa al capitalismo y al socialismo/comunismo, de ahí el gran apoyo que recibieron de amplios grupos sociológicos de las clases medias.

Lograron acceder al poder en Italia y Alemania mediante la conveniencia de parte de sus aparatos estatales y el soporte económico de amplios sectores de los grupos sociales dominantes, asustados por el auge de las organizaciones de izquierda en un contexto histórico de agudización de la conflictividad social, y por ello Norberto Bobbio conceptualiza al fascismo como contrarrevolución *preventiva.* Los datos empíricos son claros: las clases populares italianas y alemanas disminuyeron su capacidad adquisitiva y perdieron sus instrumentos de defensa y políticos (sindicatos y partidos) y cuando los fascistas llegaron al poder en Italia y Alemania no adoptaron ninguna medida en detrimento de los intereses de dichos sectores sociales dominantes. Efectuaron, por tanto, una «revolución» política y cultural, no económica ni social. De vocación totalitaria, los regímenes fascistas disolvieron la esfera privada en la pública, pero el férreo control ejercido sobre la población fue inversamente proporcional al mayor o menor nivel social de cada individuo. Buscaron una movilización activa del conjunto de la sociedad para poder desarrollar sus objetivos políticos imperialistas. La conquista de un Imperio evidenciaría el fin de la decadencia y el retorno de las grandezas nacionales. Para lograrlo convirtieron a sus componentes ideológicos en una auténtica religión laica con sus creyentes, sus sacerdotes, sus símbolos, ritos y mártires. El individuo debía sacrificarse por el bien supremo de la comunidad. Desde planteamientos holísticos y comunitaristas propugnaron la supeditación absoluta del individuo a la comunidad y al Estado y, de este modo, el renacimiento de la Patria culminaría, darwinisticamente, en la conquista, mantenimiento y desarrollo de un Imperio con múltiples súbditos (fuerza de trabajo) esclavizados o semiesclavizados al servicio de los conquistadores, racial o culturalmente «superiores». Por ello el modelo histórico a seguir según A. Hitler era Esparta… y, en cierta medida, el Imperio británico.

Para conseguir ambos objetivos del renacimiento de la Patria (palingenesis) y conquista de un Imperio utilizaron métodos de limpieza interna y agresión militar externa. Los adversarios políticos, ya fueran nacionales o extranjeros, fueron tratados como enemigos a destruir militarmente. Por ello la utilización sistemática de la violencia es un sello de identidad fascista, complementado con la estetización de la política y una voluntad de control social capilar de la sociedad.

Respecto a sus idearios, su concepción nuclear central fue el unitarismo: el desarrollo político de los objetivos de la nación en marcha, salvo algunos traidores a neutralizar, disolverían todos los conflictos y fracturas sociales, puesto que los beneficios del Imperio alcanzarían a todos los grupos sociales. La estructura de los partidos fascistas era extremadamente caudillista y piramidal, con un dictador supremo, intérprete «infalible» y telúrico de la voluntad del pueblo y cuyas decisiones eran inapelables.

El fascismo clásico fue una alternativa modernista de derecha radical a la práctica liberal y a la soviética, que pretendió armonizar pares antagónicos de la Modernidad como tradición y desarrollo modernizador, elitismo y populismo, capitalismo y socialismo. Como trasfondo filosófico-doctrinal creyeron que los se-

res humanos son agresivos, desiguales y territorializados y que los protagonistas de la Historia son las comunidades étnicamente homogéneas, de ahí sus radicales planteamientos racistas, biológico en el caso de los nacionalsocialistas alemanes y cultural en los fascistas italianos.

Los fascistas fueron derrotados militarmente por la confluencia de las campañas militares de los Aliados y por las acciones heroicas de los resistentes en los países ocupados. Al evidenciarse los horrores infinitos de los campos de exterminio e internamiento del régimen nacionalsocialista, los idearios fascistas quedaron demonizados y la cultura antifascista, profundamente democrática, impregnó los criterios base de los Estados sociales y democráticos de Derecho, la forma más avanzada de los regímenes constitucionales liberales. La derrota del fascismo hizo posible una época de hegemonía de los valores democráticos, y, por tanto, la marginalización política y cultural de los creyentes fascistas, puesto que, tras 1945, los oportunistas y los simpatizantes se reciclaron normalmente en opciones liberal-conservadoras. Los idearios fascistas puros, nostálgicos de los años 30, se refugiaron en círculos esotéricos o, a finales de siglo, en comunidades virtuales en el denominado «Ciberfascismo». Siendo los partidos populistas de derecha radical en los últimos decenios (FN en Francia, FPÖ en Austria, etc.) la única forma exitosa de supervivencia de parte de dichos idearios, habiendo pagado el alto precio de renunciar a los antiguos objetivos, ideas y métodos y de aceptar la democracia liberal como marco político.

BIBLIOGRAFÍA

ANTÓN-MELLÓN, J., coord.: *El fascismo clásico (1919-1945) y sus epígonos*. Madrid: Tecnos, 2012.

GENTILE, E.: *Fascismo, storia e interpretazione*. Roma: Laterza, 2002.

IORDACHI, C., ed.: *Comparative Fascist studies*. London: Routledge, 2010.

PAXTON, R. O.: *The Anatomy of Fascism*. London: Penguin Books, 2011.

SIMÓN, M. Á., ed.: *La extrema derecha en Europa desde 1945 a nuestros días*. Madrid: Tecnos, 2007.

Joan ANTÓN MELLÓN
Catedrático de Ciencia Política
Universidad de Barcelona

VER TAMBIÉN: AUTORITARISMO / COMUNISMO / CONSERVADURISMO / DEMOCRACIA / DICTADURA / GOLPE DE ESTADO / IDEOLOGÍAS / LIBERALISMO / NACIÓN Y NACIONALISMO / REVOLUCIÓN / SISTEMA SOVIÉTICO / SOCIALISMO / TOTALITARISMO

FEMINISMO

La Real Academia Española ha definido el feminismo como «principio de igualdad de derechos de la mujer y el hombre». De manera más amplia, se podría decir que el feminismo es un movimiento complejo y transversal, de naturaleza política y social, que se inicia formalmente a finales del siglo XVIII –aunque sin adoptar todavía esta denominación– y que supone la toma de conciencia de las mujeres, como grupo, de la opresión, dominación, y explotación de que han sido y son objeto en el seno del patriarcado (Victoria Sau, 2000: 121) y que las ha llevado a la teorización y a la acción para la transformación de la sociedad. El feminismo, pues, reivindicará el reconocimiento de los mismos derechos a las mujeres que a los hombres partiendo de la radical desigualdad entre unas y otros en la sociedad y es, por ello, un movimiento fundamentalmente humanista (Balaguer, 2019: 22).

Se pueden distinguir varias etapas en el feminismo, que también han sido denominadas «olas». Aun con los necesarios matices y puntualizaciones, puesto que la cronología del movimiento feminista es muy diferente en Estados Unidos o en el continente europeo, podríamos decir que cada «ola» representa la acción específica del feminismo en un periodo de tiempo concreto.

La primera «ola», comprendería el siglo XIX y principios del XX (conforme a otras teorías esta primera «ola», entroncaría con los orígenes del feminismo en el siglo XVIII). Geográficamente, se manifiesta más nítidamente en Inglaterra, Estados Unidos y algunas zonas de Latinoamérica, y es fundamentalmente sufragista. El sufragio universal se implantó por vez primera en Nueva Zelanda en 1893, aunque hasta 1948 no fue reconocido como derecho universal en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. En España, el sufragio universal se reconoció en 1933, bajo la vigencia de la Constitución de 1931. Ese y otros muchos derechos fueron suspendidos o eliminados durante el régimen de Franco hasta la *pretransición* y *Transición* política, en las que las reivindicaciones democráticas canalizarán también la lucha por la igualdad de derechos de mujeres y hombres (Balaguer, 2019: 23).

La segunda «ola» se extiende desde la década de los sesenta hasta avanzados los años ochenta del pasado siglo. En esta época, muchos de los derechos civiles y políticos que habían sido reivindicados en tiempos anteriores se habían incorporado a los ordenamientos jurídicos de muchos países, y las sociedades habían ido progresivamente aceptando ciertas medidas de igualdad de mujeres y hombres. Sin embargo, los derechos laborales y, en suma, la organización de la sociedad de manera compatible con la singularidad de ambos sexos seguía siendo un objetivo pendiente y, por ello, una reivindicación necesaria. En esta época el feminismo tiene referentes tan importantes como Simone de Beauvoir (*El segundo sexo*, 1949), Betty Friedan (*La mística de la feminidad*, 1963) o Kate Millett (*Politica sexual*, 1969).

La tercera «ola» comenzaría en los años noventa y, para un sector doctrinal, se extendería hasta nuestros días; según otras opiniones, la tercera «ola» finalizó en octubre de 2017, con el fenómeno *Me too*. Durante la tercera «ola», el movimiento feminista se hace conceptual-

mente más complejo y, en cierta forma, se desvirtúa la esencia de la lucha de las mujeres por sus derechos. Inicialmente, la aparición del concepto de género contribuyó de forma valiosa al feminismo, explicando la desigualdad de mujeres y hombres a partir de la atribución de roles específicos a cada sexo. Atribución de roles que sustenta, en realidad, un sistema sociopolítico que asume y reproduce los valores patriarcales. Posteriormente, el concepto de género se ha desplegado en otros varios aspectos (por ejemplo, la defensa de las diferentes identidades de género), que han desviado el foco de atención sobre los derechos de la mujer en sentido estricto, asunto medular para el feminismo, que no debe abandonar, ni en la reflexión teórica ni en la práctica reivindicativa, el ámbito específico de la mujer, de sus derechos y la censura del enfoque androcéntrico de la sociedad que la excluye o posterga de grandes ámbitos de la vida política y social.

La cuarta «ola» se identifica, como hemos dicho, con el fenómeno *Me too* (hashtag «*#MeToo*» en las redes sociales), lanzado por mujeres de la industria del cine y el espectáculo en Estados Unidos, que denunciaron casos de acoso y abuso sexual en sus relaciones laborales y profesionales. Aunque el movimiento tuvo una mínima reacción en su contra en Francia, muy pronto la veracidad de las denuncias acalló estas voces discrepantes y ha mostrado la fuerza de las mujeres, de muy diferente condición, para alzarse contra el despotismo. Pocos meses después de aquel octubre de 2017, la manifestación del 8 de marzo, *Día Internacional de la Mujer,* celebrada en varios países, llevó a millones de mujeres a la calle para reivindicar una auténtica igualdad de oportunidades, la desaparición de la brecha salarial y la precariedad que afecta fundamentalmente a las mujeres y, sobre todo, para alzar la voz contra la violencia machista, que está lejos de erradicarse a pesar de las medidas adoptadas en numerosos países.

En España la palabra feminismo aparece en la obra de Adolfo Posada, *Feminismo* (1899), que reúne un conjunto de artículos revisados que el autor había publicado en *La España Moderna* (1896-1898). En su obra, Posada afirma que hay que «reconocer, que una de las revoluciones que en este siglo han empezado a cumplirse, es la que el cambio de la condición política, doméstica, económica, educativa y moral de la mujer, supone» (Posada, 1994: 30), y rebate las teorías de los que apoyan la discriminación de la mujer en causas fisiológicas, afirmando que «ni una sola de las funciones sociales atribuidas al hombre han dejado de ser desempeñadas por mujeres en alguna época de la Historia» (Posada, 1994: 78).

La llegada de la democracia y la aprobación de la Constitución Española de 1978 representará un hito esencial para la igualdad de mujeres y hombres en nuestro país. El art. 14 reconoce el derecho fundamental a la igualdad, sin discriminación por razón del sexo; junto al mismo, el reconocimiento constitucional de la igualdad como valor (art. 1.1), la igualdad real y efectiva (art. 9.2), la igualdad de los cónyuges (art. 32.1) y la igualdad de las madres y de los hijos (art. 39.2), han permitido avanzar significativamente en la igualdad de mujeres y hombres. Es importante resaltar, pues, que la Constitución ha sido el instrumento esencial para el avance de los derechos de las mujeres (con la excepción de la constitucionalización, en el art. 57.1, de la desigualdad en el acceso a la Corona) y ha permitido al legislador, estatal y autonómico, y a los tribunales, especialmente al Tribunal Constitucional, apoyar también los cambios necesarios. Junto a ellos, el

ingreso de España en la hoy Unión Europea, con la recepción de las normas europeas sobre igualdad de mujeres y hombres y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y, en otra medida y con otro alcance, también de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, han abiertos caminos y afianzado las conquistas. La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, vino a completar una legislación penal insuficiente en esta materia y la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de igualdad entre mujeres y hombres, a superar la también insuficiente regulación constitucional sobre igualdad real y efectiva de mujeres y hombres. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional español ha confirmado la constitucionalidad de estas normas en los procesos sometidos a su enjuiciamiento. A ambas leyes orgánicas se les han unido, como ya se dijo, una nutrida legislación autonómica y también europea.

Con todo, el feminismo tiene ante sí grandes retos como la construcción de la mujer como sujeto, especialmente, como sujeto de sus derechos. Sin duda, el Derecho está siendo un soporte inestimable para el feminismo. Las «leyes determinan un antes y un después en una situación social cualquiera, y para las mujeres la juridificación de sus derechos ha determinado un hito irreversible» (Balaguer, 2019: 28 y 33). Pero también, desde la Filosofía y otras disciplinas, se ha construido una importante teoría de soporte al movimiento feminista que ha coadyuvado a su fortalecimiento (C. Amorós, A. Valcárcel, A. de Miguel y L. Posada, entre otras).

Pero un marco jurídico igualitario requerirá también de la decisiva acción de las mujeres y de los hombres y de la sociedad en su conjunto. Deberán cambiarse costumbres atávicas y deberán alcanzarse consensos sobre las relaciones, la asistencia, el cuidado, la educación y la reproducción. La sociedad debe estar preparada para mujeres y hombres iguales, tanto en derechos como en reales condiciones de vida. Esos serán, sin duda, los grandes retos del feminismo del siglo XXI.

BIBLIOGRAFÍA

Amorós, C.: *La gran diferencia y sus pequeñas consecuencias... para las luchas de las mujeres*. Madrid: Cátedra, 2005.

— *Tiempo de feminismo*. Madrid: Cátedra, 2000.

Camps, V.: *El siglo de las mujeres*. Madrid: Cátedra, 2013.

Balaguer, M.ª L.: «Movimiento feminista en España. Influencia de los modelos americanos y europeos», en *IgualdadES*, 1 (2019).

— *Hij@s del mercado*. Madrid: Cátedra, 2017.

— «El derecho de igualdad de género: la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad entre Mujeres y Hombres», en *Igualdad ¿para qué?: a propósito de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*. Granada: Comares, 2007.

Gómez Sánchez, Y.: «La lucha por la igualdad en el Estado de Derecho», en *Estudios sobre historia de la intolerancia*. Madrid: Sanz y Torres/Sicania University Press, 2011.

Miguel, A. de: *Neoliberalismo sexual*. Madrid: Cátedra, 2015.

Posada, A.: *Feminismo*. Madrid: Cátedra, 1994.

Posada Kubissa, L.: *Quién hay en el espejo*. Madrid: Cátedra, 2019.

Sau Sánchez, V.: *Diccionario ideológico feminista*. Madrid: Icaria, 2000. V. I, 3.ª ed.
Valcárcel, A.: «Igualdad y democracia: el género como categoría de análisis jurídico», en *Igualdad y democracia: el género como categoría de análisis jurídico*. Valencia: Corts Valencianes, 2014.

Yolanda Gómez Sánchez
Catedrática de Derecho Constitucional de la UNED
Directora del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales

VER TAMBIÉN: CONVIVENCIA / DERECHOS FUNDAMENTALES / DERECHOS HUMANOS / FILOSOFÍA POLÍTICA / IGUALDAD ANTE LA LEY / MULTICULTURALIDAD / SUFRAGIO / VIOLENCIA DE GÉNERO

FILOSOFÍA POLÍTICA

A mediados del siglo pasado la Filosofía política parecía haber dejado de existir. Acostumbrada a tratar de averiguar cuál es el régimen político más perfecto, el consenso acerca de la superioridad de la democracia sobre cualquier otra forma de gobierno la condenaba a la irrelevancia. Sin embargo, en los setenta, con la Tercera Ola de la Democratización (Huntington), cobra un protagonismo inesperado, porque la realidad de las democracias plantea problemas que requieren orientaciones para la acción. A partir de los noventa la recesión de la democracia y la urgencia de reforzarla no hacen sino fortalecer ese protagonismo. Pero, ¿qué ayuda puede prestar un saber filosófico para promover mejores sociedades?

A pesar de la marxiana Tesis XI sobre Feuerbach, la Filosofía política nunca se limitó a interpretar el mundo, siempre se propuso también transformarlo. Es una dimensión de la Filosofía práctica, referida a esa forma específica de la acción que es la actividad política, siendo a la vez un saber *descriptivo*, atiende a los hechos, y *normativo*, intenta orientar la acción tratando con conceptos como poder, obligación política, legitimidad, justificación, razón pública o validez racional. Y cuenta con el espléndido bagaje histórico de los clásicos que siguen orientando presente y futuro.

En Occidente nació con la sofística, el discurso socrático, los Diálogos de Platón, pero es Aristóteles quien mejor diseña su carta de presentación al declarar que su objeto es algo noble y divino, «el verdadero bien humano», porque conjuga el bien del individuo y el de la *polis* (EN, I, 1). De ahí que la Filosofía política se sirva de la Economía, la retórica, la legislación y trate de averiguar cuál es la mejor forma de gobierno, «a fin de perfeccionar en la medida de lo posible la filosofía de las cosas humanas» (EN, X, 9).

Atender a los hechos es imprescindible, y Aristóteles recopila 158 constituciones para proponer la forma de gobierno más sostenible, pero teniendo por horizonte la causa final de la comunidad política, el bien de la convivencia. El régimen más sostenible será el que permita sobrevivir en el tiempo, pero las formas rectas de gobierno serán las que busquen el bien común, cultivando buenos ciudadanos, a través de la práctica de la virtud y el ejercicio del *logos*, que sirve para manifestar lo conveniente y lo dañoso, lo justo y lo injusto. «La comunidad de estas cosas constituye la casa y la ciudad» (*Política*, I, 2).

No es extraño que virtud y comunidad estén en el corazón de cierto republicanismo (Pocock), ni que Arendt haga del poder comunicativo la forma central del poder político, teniendo a la violencia por prepolítica. Una concepción bien distinta de la weberiana, que, ya en el marco del Estado, entiende que la actividad política reivindica para la autoridad establecida sobre un territorio el derecho de dominación, con la posibilidad de usar la fuerza en caso de necesidad para mantener el orden interno y defender a la comunidad frente a las amenazas exteriores (Weber, 1944). Dominación, poder, uso de la fuerza y legitimidad son centrales en la actividad política. Esta concepción es la que ha triunfado, pero los comunitarismos del siglo XX (MacIntyre, Etzioni, Walzer, Taylor) tienen una deuda con Aristóteles, como la tiene también el surgimiento de la democracia deliberativa, que prolonga la tradición del poder comunicativo, sobre todo en su versión habermasiana (1998).

Ciertamente, la rama liberal del republicanismo en el siglo XX (Pettit, 1999) se acogerá a la tradición de las repúblicas italianas del Renacimiento, con nombres como los de Maquiavelo y Guicciardini, que prolongan la necesidad de la virtud cívica y de una economía cívica (Zamagni). Desgraciadamente, la clase política ha tomado a menudo de *El Príncipe* la comprensión de la política como una técnica de conquista y conservación del poder, pero en provecho propio, no para reconducir la violencia desde la *virtù* y construir la república al modo maquiaveliano. La ética del político, al servicio de la razón de Estado, anuncia al político ético del Apéndice I de *La paz perpetua* y al político vocacionado weberiano, afecto a una ética de la responsabilidad.

La lección de Hobbes, que convierte a la Filosofía política en una ciencia natural, atenta a los mecanismos del interés más fuerte (Hirschman) para generar una sociedad pacífica estable, en la que el soberano introduce un orden en el caos, poniendo nombres, es impagable. Si la comunidad no es producto de la naturaleza, lo será del arte humano, por el que surge el Estado de Derecho. Huelga decir que entender la política como una actividad basada en el contrato social es el modelo al que se suman, aunque con matices muy diversos, Locke, Hume, Rousseau o Kant, y en nuestros días una inmensa cantidad de autores a partir de Rawls (principios de la justicia), Nozick (Estado mínimo) o Gauthier (moral por acuerdo).

La tradición hobbesiana impregna las teorías de la decisión racional y de la elección colectiva, atentas a esa racionalidad del interés más fuerte, por la que hasta un pueblo de demonios inteligentes estaría dispuesto a mantener el Estado de Derecho y trabajar por la paz (Kant). Estudios recientes en Antropología evolutiva y neurociencias muestran que el contractualismo político tiene una base biológica, lo cual es una parte del secreto de su éxito.

Sin embargo, ¿es verdad que la actividad política, si no es posible por naturaleza, tiene en su raíz o bien el interés egoísta por el que nace el contrato social, o bien el conflicto, sea el que surge de la lucha de clases y hace de la política siempre dictadura (marxismo), sea el que se produce en la contraposición amigo-enemigo (Schmitt), sea el que reconocen los populismos adscritos a la línea de Mouffe o Laclau? ¿Y es verdad que la Filosofía política es en el fondo ciencia empírica?

El método del equilibrio reflexivo que Rawls propuso para desentrañar los criterios de objetividad de los juicios sobre la justicia, que constituyen el núcleo de las sociedades pluralistas, abrió un camino filosófico prometedor. De acuerdo con Rorty en que la democracia tiene primacía sobre la Filosofía, se trata de partir de la cultura política de las democracias liberales y descubrir los principios sobre lo justo que laten en ella. La figura de un contrato hipotético entre ciudadanos, que racionalmente buscan su propio bien (lo racional), pero en un marco de justicia (lo razonable), justifica un liberalismo social, alejado de libertarismos (Nozick). La Filosofía no es neutral, ni nunca lo ha sido, sino que está comprometida en fortalecer la democracia liberal, cumpliendo cuatro funciones al menos: evitar el conflicto político, buscando acuerdos en principios morales en las cuestiones controvertidas y economizando desacuerdos; orientar a la ciudadanía, ayudándole a comprender su propio estatus, las instituciones políticas de su sociedad y sus metas; buscar la reconciliación con la realidad, en la estela de Hegel, descubriendo en la historia lo que hay de racional en las instituciones políticas; proponer una utopía realista, que llegue al menos a los

límites de la realidad políticamente practicable (Rawls, 2002).

La huella de este equilibrio reflexivo, que es un método hermenéutico-coherencial (Höffe), es innegable. Sen, Nussbaum o Crocker lo adoptan y lo extienden al ámbito global de las teorías del desarrollo humano. Sin embargo, en el trasfondo de las teorías del contrato social late siempre como condición de posibilidad del contrato mismo la tradición del reconocimiento entre sujetos como clave de la actividad política, que alumbra comunidades, Estados, uniones supranacionales, vínculos internacionales, y una sociedad cosmopolita basada en la hospitalidad. Es la tradición entreverada de Kant y de Hegel, que han prolongado Apel, Habermas, Ricoeur o Honneth. En ella la Filosofía política nos pertrecha del criterio para distinguir entre las normas vigentes y las racionalmente válidas retornando al diálogo de quienes necesariamente se reconocen como interlocutores válidos en pie de igualdad.

La sociedad civil no es ya solo el lugar de los intereses egoístas en conflicto, como quería Hegel, sino también fuente de universalidad (Keane, Gorz, Walzer, Habermas), que forja civilidad, se plasma en nuevos movimientos sociales, exige el concurso de empresas y organizaciones solidarias. La ciudadanía, los interlocutores válidos, se convierte en un núcleo de la vida política, cuyas dimensiones es preciso desarrollar: social (Marshall, socialdemocracia), económica (Conill, García-Marzá), multicultural (Taylor, Kymlicka, Sartori) o cosmopolita (Kant, Beck, Habermas, Cortina). El nuevo horizonte global reclama el refuerzo de los Estados nacionales y del patriotismo cívico (Mounk, Levitsky & Zublatt) o bien una justicia global (Brock, Pogge, Sen).

Y continuando el camino hacia el futuro, ¿tienen que ser superadas estas concepciones por otras que incluyan en la comunidad política a los animales y a los robots, en tiempos de democracia algorítmica?

BIBLIOGRAFÍA

Además de los clásicos citados (Aristóteles, Maquiavelo, Hobbes, Kant, Hegel), véanse:

Habermas, J.: *Facticidad y validez*. Madrid: Trotta, 1998.
Pettit, P.: *Republicanismo*. Barcelona: Paidós, 1999.
Rawls, J.: «Las funciones de la Filosofía Política», en *La justicia como equidad*. Barcelona: Paidós, 2002.
Weber, M.: *Economía y Sociedad*. México: Fondo de Cultura Económica, 1944.

Adela Cortina Orts
Académica de Número de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas
Catedrática de Ética y Filosofía Política
Universidad de Valencia

VER TAMBIÉN: CALIDAD DEMOCRÁTICA (ENFOQUES TEÓRICOS) / COMUNITARISMO / CONVIVENCIA / DEMOCRACIA / DIGNIDAD / IDEOLOGÍAS / LIBERALISMO / **PANDEMIA: PERSPECTICA ÉTICA** / POLÍTICA / REPUBLICANISMO CÍVICO / TEORÍA POLÍTICA NORMATIVA

FORMAS DE GOBIERNO

La forma de gobierno hace referencia, en un sentido amplio, al modo de organizar el poder público para gobernar. Los criterios más comúnmente aceptados para clasificar las formas de gobierno son la división de poderes y la función de gobierno. El primer aspecto entraña determinar cómo se distribuyen los poderes Ejecutivo y Legislativo entre los distintos órganos constitucionales (excluyendo al Judicial, por su naturaleza no política), dando lugar a un modelo de separación rígida *(presidencialismo),* flexible *(parlamentarismo)* o de concentración de poder *(asambleísmo)*. La otra variable supone atender al modo en que se concreta el ejercicio de la función de gobierno (o dirección política) a través de las dos actividades que esta comprende, a saber, la normativa (creación de Derecho) y la de condicionamiento (actuaciones de naturaleza política que condicionan la creación de Derecho: mociones, control político, disolución parlamentaria…).

De estas dos variables –división de poderes y función de gobierno–, hay que tener presente que la primera actúa como un *prius* respecto de la segunda, lo que permite diferenciar entre aquellas formas de gobierno en las que no existe división de poderes (sistemas de concentración absoluta) y aquellas otras en las que esta sí se halla presente (sistemas de distribución). Dentro del primer grupo habría que incluir las democracias puras, las autarquías y las dictaduras parlamentarias. En estos casos, la inexistencia de una distribución de funciones entre diversos órganos implica que un solo órgano (cuerpo electoral, jefe del Estado o Asamblea) sea el único que ostente el ejercicio de la función de gobierno que, por otra parte, se circunscribe a una actividad normativa, puesto que la actividad de condicionamiento presupone siempre una relación al menos bilateral (condicionante-condicionado). Ahora bien, en su versión más pura estas formas de gobierno son más teóricas que reales, ya que es prácticamente imposible hallar una situación en la que las funciones estatales no se distribuyan mínimamente, siquiera por delegación.

Más factibles son, por tanto, las formas de gobierno de distribución. Su característica propia es el presupuesto de la división de poderes y, por consiguiente, la posibilidad de que la función de gobierno se distribuya entre diversas instancias. Dentro de estas formas de «distribución» habría aún que diferenciar las «simples» de las «complejas», que no son sino el resultado de combinar las características de las anteriores para dar lugar a nuevos sistemas de gobierno. Dentro de las formas «simples» pueden incluirse el sistema presidencialista, el asambleario y el parlamentario.

El sistema *presidencialista* tiene como fundamento dogmático la desconfianza hacia el ejercicio del poder público, lo que derivó en una idea de división clara y tajante de las funciones públicas, acompañada de un control recíproco entre los órganos al frente de ellas, a fin de garantizar un equilibrio, evitando la preponderancia de unas instancias sobre las restantes. A partir de estas premisas, los sistemas presidencialistas se caracterizan por lo que podría denominarse como una «distribución material mínimamente coordinada» de la función de gobierno: esta comprendería dos círculos de competencias separados (distribución mate-

rial) que corresponderían respectivamente a la Jefatura del Estado (que asume también la presidencia del Gobierno, en lo que se denomina ejecutivo monista) y al Parlamento, de modo que cada uno poseería un ámbito de dirección política propio. Pero, acompañando a estos ámbitos exclusivos, existe una zona de contacto (coordinación mínima) en la que ambas instancias han de ponerse de acuerdo, ya sea en el ámbito normativo (por ejemplo, con la sanción o el veto en manos del Ejecutivo), ya en el de condicionamiento (posibilidad de control político). Esta coordinación está concebida desde un prisma sustancialmente defensivo, esto es, orientado a mantener la independencia funcional de las dos instancias políticas. Los sistemas presidencialistas, admiten, a su vez, tres subespecies (la Monarquía constitucional, el presidencialismo puro, y el sistema consular) según cómo esté configurado el ejecutivo: un Rey, un presidente de la República, o varios sujetos formando un Ejecutivo colegiado.

El sistema *asambleario,* por su parte, nace de la desconfianza no ya hacia el poder público, sino hacia una de sus manifestaciones, el Ejecutivo, considerándolo un potencial enemigo de la libertad. Frente a él, el Legislativo se concibe como garante de los derechos, fruto de su carácter representativo del sujeto colectivo soberano. El resultado es una mixtura entre una separación rígida entre Ejecutivo y Legislativo (como en los sistemas presidencialistas) pero en la que ambos poderes no están a un mismo nivel: muy al contrario, el Parlamento se sitúa en un plano de superioridad respecto a aquel. En este sentido, el Parlamento legisla y el Gobierno se limita a llevar a efecto sus leyes, sometiéndose a su voluntad, y sin que disponga de un ámbito propio de decisión política, que es exclusiva del Parlamento. De hecho, este cuenta con una *vis expansiva* que le permite incluso inmiscuirse en las tareas ejecutivas, lo que a la postre puede trastocar la rígida separación de poderes en una confusión de los mismos.

A diferencia de los sistemas presidencialistas y asamblearios, los *sistemas parlamentarios* surgieron no ya de una elucubración teórica, sino de la práctica política que se fue desarrollando a partir de los primeros, principalmente en Gran Bretaña. El fundamento teórico del sistema parlamentario surge con la idea de que la libertad solo puede lograrse a partir de una armonía entre el Legislativo y el Ejecutivo. Estos no deben verse como enemigos recíprocos, sino como órganos que han de actuar conjuntamente. El peligro para la libertad del individuo no procede, pues, de ninguno de estos dos órganos en concreto, sino de la falta de colaboración entre ambos, que supondrá un despotismo y un desgobierno que repercutirá directamente en los ciudadanos. Así, el sistema parlamentario no es más que una superación de los modelos presidencialista y asambleario, tras mostrarse ambos poco idóneos en la práctica constitucional europea.

El sistema parlamentario se construye sobre una separación de poderes flexible, permitiendo que Parlamento y Gobierno (separado de la Jefatura de Estado, lo que se denomina «Ejecutivo dualista») se relacionen íntimamente. No se trata, sin embargo, solo de controles recíprocos y defensivos, sino de instaurar mecanismos orientados a una colaboración positiva. Por otra parte, igual que los sistemas presidencialistas, se sostiene una idea amplia del Ejecutivo, que asume un carácter también de «gobierno». Pero no se trata de un Gobierno autónomo, sino íntimamente relacionado con el Parlamento, con quien desarrolla de forma conjunta su política.

La característica del sistema parlamentario, a partir de estas premisas, reside en el ejercicio de la función de gobierno desde una perspectiva colaboradora. En realidad, la función de gobierno comprende dos círculos parcialmente autónomos (el ámbito de dirección del Parlamento y el del Gobierno, respectivamente), pero, a fin de que exista una dirección estatal unitaria, ambos círculos son «secantes» en una amplísima zona de contacto. De esta forma, Gobierno y Parlamento han de colaborar necesariamente para escoger la dirección estatal, a cuyo fin participan en la actividad normativa (así, por ejemplo, la posibilidad de iniciativa legislativa del Gobierno), y se condicionan para tratar de alcanzar una política conjunta. Esta actividad de condicionamiento resulta de primera magnitud, a diferencia de lo que sucedía en los sistemas presidencialistas (donde era mínima) y asambleario (donde no existía), y comprende tres elementos básicos: investidura, control parlamentario y responsabilidad política.

El sistema parlamentario admite a su vez varios subtipos, dependiendo de si el órgano preponderante es el Gobierno (sistema de gabinete), el Parlamento (parlamentarismo monista) o entre ambos existe una posición de paridad (parlamentarismo equilibrado). Bajo un prisma distinto, también pueden distinguirse los sistemas parlamentarios convencionales (regulados por prácticas políticas) y los racionalizados (positivizados en normas escritas).

Las formas de gobierno simples hasta aquí referidas admiten diversas combinaciones para formar otras complejas, como son los sistemas directoriales (asambleísmo con presidencialismo) y semipresidenciales (presidencialismo y sistema parlamentario).

BIBLIOGRAFÍA

BLONDEL, J.: *An introduction to comparative government*. London: Weidenfeld and Nicolson, 1969.

FERNÁNDEZ SARASOLA, I.: «Teoría y teorías de las formas de gobierno (Notas para su conceptualización)», en *Revista de las Cortes Generales*, 51 (2001).

PITRUZZELLA, G.: *Forme di governo e trasformazioni della politica*. Bari: Laterza, 1997.

VILE, M. J. C.: *Constitutionalism and the Separation of Powers*. Oxford: Clarendon Press, 1967.

Ignacio FERNÁNDEZ SARASOLA
Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universidad de Oviedo

VER TAMBIÉN: AUTORITARISMO / COMUNITARISMO / CONSTITUCIONALISMO HISTÓRICO ESPAÑOL / DEMOCRACIA / DICTADURA / ESTADO/ FILOSOFÍA POLÍTICA / FORMAS POLÍTICAS / HISTORIA DE LAS IDEAS / LIBERALISMO / PARLAMENTARISMO / POLIS / REPUBLICANISMO CÍVICO / TEORÍA POLÍTICA NORMATIVA

FORMAS POLÍTICAS

Las formas son la manera natural o espontánea de conocer. Platón distinguió las visibles y las inteligibles. Las *políticas* son formas inteligibles de lo Político, el uso social del poder conforme al *êthos* (ἦθος) o moralidad colectiva del pueblo donde esas formas abstractas cobran realidad con rasgos y matices diversos ajustados a las circunstancias. Son todos inteligibles de complejos históricos de ideas, «ideas de las ideas» (Espinosa), construidos como conceptos hermenéuticos. Generalmente desde el punto de vista jurídico, partiendo de las distinciones y clasificaciones de los griegos, que adolecían de sentido histórico. Mas la política es histórica, cliopolítica, y su perspectiva algo distinta. Condicionada por las leyes inexorables de la *anakyklosis* (ἀνακύκλωσις) –la degeneración universal de todas las cosas; en las formas políticas *politeíon anakyklosis* (Polibio siglo II a. C)– y la de hierro de la oligarquía –«la ley trascendental de la política» (G. Fernández de la Mora) que afecta a todas las formas– no es tan rigurosa y formalista.

Así, la Ciudad y la Nación, formas comunitarias, son en principio republicanas (de *res publica* o cosa común), pero pueden ser monárquicas, aristocráticas o democráticas. El Estado es por definición republicano, pues, al impersonalizar el mando no existe ningún derecho específico al mismo, aunque las Monarquías han hecho el Estado y existen Estados monárquicos hereditarios y no hereditarios. Ni siquiera el Reino o el Imperio son incompatibles con la República entendida como *res publica*. Desde el punto de vista político hay formas histórico-políticas, de gobierno, de régimen y mixtas.

Las formas histórico-políticas son las formas históricas de la vida colectiva desde el punto de vista político. La más antigua es el *Imperio*, de origen sagrado: el orden terrenal debe imitar el orden astral regido por los dioses, aspira a ser *Imperium mundi* y abarca tribus, ciudades, reinos, naciones. En Occidente, las grandes formas histórico-políticas naturales son: la *Ciudad* o *Pólis* griega, la *Monarquía helenística*, la *Urbs* o *Civitas* romana, la *Civitas* o *Res publica christiana,* y, de acuerdo con Pierre Manent, la *Nación*. La Ciudad, que significa la libertad y la guerra, y la Nación, hechura de la Historia, son las más políticas. El *Estado*, una forma artificial, se superpuso a la Nación desde el siglo XVI**.** La séptima es el *Estado Totalitario,* una especie de Estado-iglesia amorfo que absorbe a la Ciudad y a la Nación. La *Iglesia***,** forma comunitaria espiritual permanente, aunque no es política ni antipolítica, condiciona a las demás con su *auctoritas*.

Las formas de gobierno son los tipos en que se institucionaliza formalmente el mando político. El modelo son las formas «puras», que presuponen que los gobernantes son virtuosos, justos, incluso sabios, y buscan el Bien Común: la *Monarquía*, mando de uno, la *Aristocracia*, mando de varios y la *Democracia*, mando del pueblo como si los gobernados se autogobernasen. Es la ilusión democrática que aboca a la democracia despótica o a la totalitaria. Empíricamente, son todas «impuras», situaciones más o menos estables en que no prevalece absolutamente la consecución del Bien Común, un concepto moral, pues los gobernantes persiguen sus propios

intereses en mayor o menor grado. Las variantes impuras de la *Monarquía* que se atienen al principio hereditario son la Despótica, la Absoluta, la Constitucional, la Parlamentaria y la Cesaropapista y generalmente la Teocrática. El Presidencialismo, el Principado, el Cesarismo y la Dictadura comisaria o revolucionaria, al menos en principio, no son hereditarios.

Son variantes de la *Aristocracia*, la Oligocracia u Oligarquía (mando de varios), siendo distinta la urbana, más volátil e inconstante, de la rural, más realista y estable; la Timocracia, gobierno de los hombres de honor o los guerreros. Modernamente, la Burocracia, que aplica las leyes, y la Tecnocracia, el gobierno de los «expertos» o «peritos». Quizá también, la Ideocracia o mando de los intelectuales y el Judicialismo o gobierno de los jueces.

La principal variante de la *Democracia* es la Demagogia, el cáncer de todas las formas de lo Político y de la política. Demagogia, de *demos*, (δῆμος), pueblo, y *ago* (ἄγω, latín *agere*), significa dirigir, conducir al pueblo. Al ser inseparable en mayor o menor grado de la Democracia (salvo en su estricto sentido formal), adquirió el significado de seducir al pueblo con engaños y mentiras. Las definiciones de la democracia son por eso incontables. La Demagogia puede ser, igual que la Democracia, directa, participativa, representativa; liberal, individualista, igualitaria, socialista, social, colectivista, popular, totalitaria, económica, empresarial, etc. El *Desgobierno* es el mal gobierno en cualquiera de sus formas por incompetencia de los gobernantes, aunque suele ir unido a la corrupción. Cualquier forma puede devenir *Tiranía*, una forma anómica en la que desaparece el carácter comunitario del orden político, cuando, persiguiendo exclusivamente los gobernantes sus propios fines, actúan contra la justicia, el Bien Común y pervierten el *êthos*. Sus dos formas principales son la Tiranía basada en la fuerza y la corrupción, y la basada principalmente en la demagogia, la corrupción, la propaganda y el hedonismo, Tiranía que aparenta ser democrática. La *Anarquía* (sin autoridad o principio rector) es la disolución del orden político en cualquier forma del gobierno. *Manca la forma,* decía Maquiavelo, debido a la incapacidad de los gobernantes para mantener la unidad del orden político por no tener autoridad, no saber mandar, la corrupción o la disolución del *êthos* que rige los hábitos de la conducta. En la Anarquía, predomina la incertidumbre, la vida colectiva deviene confusa e insegura, el orden social tiende a desintegrarse y puede sobrevenir la guerra civil, la peor de todas las guerras. Generalmente, restablece el orden la Dictadura conforme al principio fundamental de la política *salus populi legis habet rationem*.

Por otro lado, están las formas de régimen. Régimen significa políticamente orden. Según M. Duverger, refleja la distinción entre gobernantes y gobernados. No obstante, dice J. Freund, «la noción de régimen es una de las más confusas del vocabulario político. Además, rara vez se utiliza el término de forma aislada; lo acompañan generalmente adjetivos que, con el pretexto de precisar el concepto, lo embrollan todavía mucho más dada la multiplicidad de calificaciones que admite». De hecho, se refiere al modo de operar los gobiernos, de los que son como su infraestructura, en función de la ley de hierro de la oligarquía. Cabe mencionar, aparte de las formas del gobierno y sus variantes, la Plutocracia o mando de los ricos; la Crisocracia (mando del

oro) en la que el criterio rector es el dinero; la Cleptocracia o gobierno de los ladrones y la Oclocracia, mando de la chusma (*okhlos*) o la plebe (de *plebs*, pueblo) entendida en sentido peyorativo.

Finalmente, pueden darse las *formas mixtas*. De hecho, todas las formas del Gobierno contienen mixturas. Pero el pensamiento político elucubra sobre qué mixtura hará que el gobierno y el régimen sean los mejores y más estables y duraderos. Platón mezclaba la Monarquía pura, cuyo principio es la sabiduría –la ciencia de las ciencias–, y la Democracia, cuyo principio es la libertad; Aristóteles, más realista, la sempiterna Oligarquía y la Democracia para que controle la mayoría a la minoría gobernante; Polibio, inspirándose en la Constitución romana, en la que se contrapesaban, según él, las fuerzas sociales, propuso la mixtura Monarquía (de dos cónsules que se contrapesan), Aristocracia (el Senado) y Democracia (la asamblea popular o los comicios). Cicerón añadió el Príncipe, el principal, como una suerte de poder moderador (Principado). Para Santo Tomás la mejor forma de gobierno era la mezcla de Monarquía, Aristocracia y Democracia, todas ellas por elección (*Summa Theologica*, 1.ª 2., q. 105, art. I), en la práctica la república presidencialista.

BIBLIOGRAFÍA

Conde, F. J.: *Teoría y sistema de las formas políticas*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1948.

Fernández de la Mora, G.: «La oligarquía, forma trascendental del gobierno», en *Revista de Estudios Políticos,* 205 (1976).

— *La partitocracia*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1977.

Gallego, E.: *Sabiduría clásica y libertad política. La idea de Constitución mixta de monarquía, aristocracia y democracia en el pensamiento occidental*. Madrid: Ciudadela, 2009.

— *Representación y poder. Un intento de clarificación*. Madrid: Dykinson, 2017.

García-Trevijano, A.: *La teoría pura de la República*. Pozuelo de Alarcón: Editorial MCRC, 2016.

Hintze, O.: *Historia de las formas políticas*. Madrid: Revista de Occidente, 1968.

Manent, P.: *Curso de Filosofía política*. México: Fondo de Cultura Económica, 2005.

Negro, D.: *La ley de hierro de la oligarquía*. Madrid. Encuentro, 2015.

Nieto, A.: *El desgobierno de lo público*. Barcelona: Ariel, 2007.

Ortí Bordás, J. M.: *Oligarquía y sumisión*. Madrid: Encuentro, 2013.

Sabine, G. H.: *Historia de la Teoría política*. México: Fondo de Cultura Económica, 2001.

Schmitt, C.: *Diálogo sobre el poder y el acceso al poderoso*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2010.

— *La dictadura. Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria*. Madrid: Revista de Occidente, 1968.

Strauss, L.; Cropsey, J., comps.: *Historia de la Filosofía política*. México: Fondo de Cultura Económica, 2001.

Talmon, J. L.: *Los orígenes de la democracia totalitaria* y *Mesianismo político*. Madrid: Aguilar, 1956.

VOEGELIN, E.: *Nueva ciencia de la política*. Buenos Aires: Katz, 2006.

Dalmacio NEGRO PAVÓN
Académico de número de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas
Catedrático de Historia de las Ideas y Formas Políticas

VER TAMBIÉN: AUTORITARISMO / COMUNITARISMO / DEMOCRACIA / DICTADURA / ESTADO/ FILOSOFÍA POLÍTICA / FORMAS DE GOBIERNO / HISTORIA DE LAS IDEAS / LIBERALISMO / POLIS / REPUBLICANISMO CÍVICO / TEORÍA POLÍTICA NORMATIVA

GLOBALIZACIÓN

En términos orteguianos, la globalización es «el tema de nuestro tiempo». O, con una paráfrasis de Lenin, la globalización es la «fase superior de la Modernidad». Fenómeno contemporáneo por excelencia, el historiador busca y encuentra precedentes más o menos significativos: helenismo y Roma imperial, con el auge del cosmopolitismo estoico; el Imperio y la Cristiandad medievales; los Imperios atlánticos; la vuelta al mundo completada por Juan Sebastián Elcano; la colonización desde Europa y, cómo no, los avances tecnológicos: aviación, televisión, y un largo etcétera que van configurando esa «aldea global» que hace solo medio siglo parecía una diversión imaginativa para futurólogos. Y sin embargo, bien entrado ya el siglo xxi, la globalización («mundialización», en versión francesa y aséptica) es la seña de identidad de nuestro mundo. «Todo tiene que ver con todo», escribió Ulrich Beck: el espacio y el tiempo se relativizan y el planeta está conectado «en tiempo real». Por continuar con doctrinas ingeniosas y, por ello, posmodernas, existe un «efecto mariposa» y todos llevamos el mundo (sobre todo, *nuestro* propio mundo) en el teléfono móvil. Es un tópico destacar la relevancia de las tecnologías (ya no tan «nuevas») de la información y del conocimiento para configurar una «Sociedad Red» (M. Castells) que refuerza a los actores globales y, supuestamente, devalúa a los actores clásicos, en particular a los Estados soberanos.

Como todo concepto social y político, globalización conlleva un sesgo ideológico, más allá de la definición objetiva de una situación de hecho. Para sus defensores, es el mejor reflejo de la *Open Society* popperiana. Unos cuantos, con entusiasmo excesivo, pretenden que nos llevará a la célebre República universal de Kant y su deseada *Paz Perpetua*. Las críticas son muy radicales y proceden de perspectivas ideológicas opuestas entre sí. Cierta «derecha» dice que acabará con las esencias nacionales y que solo favorece a una élite apátrida en perjuicio de las clases medias tradicionales. La respuesta elemental es el populismo contrario a la inmigración, a la Unión Europea o a la pura y simple modernización. Los ejemplos saltan a la vista. Hace años que Richard Sennett habló de la «corrosión del carácter» propia de esas gentes incómodas ante las nuevas formas de vida. Cierta «izquierda», por su parte, se refugia en otro populismo antiglobal: la globalización solo beneficia a las empresas multinacionales; representa el triunfo de la economía neoliberal para desmantelar el Estado de Bienestar; en fin, favorece a una «casta» que expolia a la «gente», creando desigualdades insoportables (la referencia académica en este punto es T. Piketty). De ahí solo hay un paso para crear movimientos sociales (mucho menos espontáneos de lo que aparentan) y expresar su *indignación* contra los partidos «oligárquicos» del Sistema, ya sean conservadores/liberales o socialdemócratas. Los ejemplos también saltan a la vista.

Los tres «vectores» de la globalización, a juicio de E. Lamo de Espinosa, son la democracia política, la economía de mercado y la ciencia aplicada a través de la tecnología. Tal vez cabe añadir las expresiones culturales homogéneas, más cercanas al consumo de masas que a las manifestaciones sublimes del Espíritu. Es el signo de los tiempos, guste o no guste. He aquí una forma de ordenar (discuti-

ble como cualquier otra) los elementos propios de la globalización:

A) Es evidente que 1989 no supuso el fin de la Historia (F. Fukuyama), pero es notorio que la democracia ha generado la batalla de las ideas y que la única forma de legitimidad socialmente aceptable es el voto popular. Solo algunos regímenes muy especiales (Arabia Saudí, Corea del Norte, Myanmar…) se proclaman a sí mismos como «no» democracias. Otra cosa es el fenómeno de las democracias híbridas, «defectivas» o iliberales, según se examina en otro lugar.
B) En el plano jurídico, la influencia es notoria en el Derecho Internacional, con el auge de los sujetos no estatales, incluidas las ONG, sobre todo las que alcanzan un «eco» universal; también de los poderes no formalizados jurídicamente, como el G-20, cuyas decisiones no son vinculantes, pero sí influyentes; en fin, el protagonismo de los tribunales internacionales, incluidos aquellos que no suscitan el entusiasmo de las potencias más relevantes, como sucede con la Corte Penal Internacional.
C) Por lo demás, la gobernanza global se hace fuerte en contra de la soberanía estatal en determinadas materias: *fake news;* «ciberguerra» o «ciberterrorismo»; cambio climático y, en general, cuestiones de medio ambiente; cuestiones relativas a la energía; problemas sanitarios; piratería de mercancías y derechos de autor; volatilidad de los mercados, y un largo etcétera. Es notorio, guste más o guste menos, que los instrumentos actuales para regular estos asuntos (o, al menos, para encauzarlos) distan mucho de ser eficaces, comenzando por la OMS, que busca a tientas su lugar en este universo tan confuso de «gobernantes fuertes» e «instituciones débiles».
D) Si trasladamos la perspectiva al Derecho Constitucional, es importante el debate sobre el supuesto «ocaso» del constitucionalismo, desde el influyente libro de P. Dobner *The Twilight of Constitutionalism,* 2010. Una clasificación ingeniosa distingue entre Constituciones 1.0 (las clásicas, propias de las Revoluciones liberales), 2.0 (las aprobadas tras la Segunda Guerra Mundial) y 3.0 (que recogen ya el fenómeno digital y apuestan, no siempre con razón, por una soberanía débil). En este sentido, cabe citar otro libro de relativa influencia, *The Cosmopolitan Constitution*, de A. Somek, 2014. Pero también enlazan con el Espíritu de los tiempos la llamada protección multinivel de los derechos fundamentales y el subsiguiente «diálogo» de tribunales o el concepto algo impreciso de «Neoconstitucionalismo». De todo ello se trata en las voces correspondientes de esta obra colectiva.
E) Son muy relevantes las fuertes presiones que ejercen sobre la soberanía estatal los agentes económicos que funcionan *en el margen* (a veces, *en el límite*) de la regulación formal: empresas de tecnología de la información (Google, Yahoo…); nuevas formas de prestar servicios (Uber es un buen ejemplo); agencias de *rating* que influyen decisivamente con su calificación de la deuda soberana sobre la capacidad de financiación de los Estados en los mercados financieros. Es notoria la eficacia de una nueva *lex mercatoria* que va más allá del clásico Derecho Mercantil: *Soft law;* arbitraje internacional; «códigos» de apariencia informal, pero de exigente cumplimiento (así, Basilea I, II y III para la supervisión bancaria). Hay quien dice, con desparpajo posmoderno, que hemos pasado de Westfalia a *Worldfalia*. Conviene, sin embar-

go, evitar pronósticos contundentes que la realidad se complace con frecuencia en desmentir.

F) Las consecuencias sociales (y sus secuelas políticas) son muy relevantes: la deslocalización; el teletrabajo; la crisis de los empleos para «intermediarios», puesto que el consumidor interactúa directamente con la máquina (compra de entradas, viajes, teléfonos y tantas otras cosas) … El final de los trabajos tradicionales («el trabajo ya no basta», de la socióloga italiana Chiara Saraceno, es otra forma de moda) expulsa del mercado a cierta clase media tradicional cuya respuesta política suele ser votar al populismo de derechas y, por otra parte, la pérdida de calidad del empleo, sobre todo juvenil, genera un grupo social incipiente conocido como «precariado», cuya respuesta suele ser en este caso votar al populismo de izquierda.

Donde más fuerte se muestra la globalización, al menos en su aspecto más aparente, es el ámbito sociocultural; para ser más precisos, en las pautas de comportamiento y consumo. Es la explosión de los «no lugares» (Marc Augé), donde se consumen las mismas marcas y se acude a los mismos establecimientos: la «macdonalización» del mundo, suele decirse. Por supuesto, en todas partes están los mismos logos («no logo» era la respuesta crítica de Naomi Klein), se ven las mismas películas o series de TV, los mismos espectáculos deportivos o se sigue a los mismos personajes, más o menos efímeros: Greta Thunberg es el modelo a día de hoy; quién sabe en el futuro…

El *gap* digital es ahora la expresión de una fractura social irrecuperable: gente «prejubilada», países poco y mal desarrollados, lugares apartados por escasez de población (la «España vacía», por hablar de lo que tenemos cerca). En el otro extremo, las megaurbes (S. Sassen), un ejemplo dramático de sociedades duales: por una parte, riqueza, modernidad y cosmopolitismo; por otra, marginación y exclusión, «ventanas rotas», descontrol policial…

En fin, para completar el panorama tenemos una demografía a la baja en el mundo desarrollado y al alza en el antiguo «Tercer Mundo». El debate sobre la inmigración y sus secuelas como el multiculturalismo o, de nuevo, la eventual marginación. Al final, todo confluye para confirmar a Aristóteles, veinticinco siglos después: la clase media es el factor determinante de la estabilidad social y su crisis abre expectativas imposibles de reducir a esquemas básicos: por ejemplo, capitalismo salvaje contra Estado de Bienestar. El mundo del siglo XXI es así de complejo y esta Enciclopedia tiene precisamente por objeto apuntar problemas y acaso soluciones en el ámbito de las Ciencias Morales y Políticas. *[La Covid 19 es, probablemente, un factor que acelera estas tendencias, como se analiza «supra», en el bloque sobre «Perspectivas de la Pandemia»].*

BIBLIOGRAFÍA

Beck, U.: *¿Qué es la globalización?* Barcelona: Paidós, 1998.

Castells, M.: *La sociedad red. Una visión global*. Madrid: Alianza, 2006.

Dobner, P.; Loughlin, M.: (eds.): *The Twilight of Constitutionalism?* Oxford: Oxford University Press, 2010.

Lamo de Espinosa, E.: «La globalización cultural: ¿crisol, ensalada o gazpacho civilizatorio?», en VV. AA., *Lo que hacen los sociólogos: Homenaje a Carlos Moya Valgañón*. Madrid: CIS, 2007.
Piketty, T.: *El capital en el siglo XXI*. Madrid: Fondo de Cultura Económica, 2014.
Sassen, S.: *La ciudad global*. Buenos Aires: Eudeba, 1999.
Sennett, R.: *La corrosión del carácter: las consecuencias personales del trabajo en el nuevo capitalismo*. Barcelona: Anagrama, 2006.
Somek, A.: *The Cosmopolitan Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

Benigno Pendás
Académico de Número y Vicepresidente de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas
Catedrático de Ciencia Política de la Universidad CEU-San Pablo
Ex Director del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales

VER TAMBIÉN: ASIA-PACÍFICO / CALENTAMIENTO GLOBAL Y CAMBIO CLIMÁTICO / CONSTITUCIONALISMO MULTINIVEL / DEMOCRACIA / DEMOCRACIA GLOBAL / DEMOGRAFÍA / ESTADOS UNIDOS / INTEGRACIÓN EUROPEA / MULTICULTURALIDAD / NACIONES UNIDAS / **PANDEMIA: PERSPECTIVA INTERNACIONAL** / **PANDEMIA: PERSPECTIVA POLÍTICA** / **PANDEMIA: PERSPECTIVA SOCIOLÓGICA** / PODER BLANDO / PROGRESO / SOCIEDAD INTERNACIONAL

GOBERNANZA

El DRAE definió durante mucho tiempo en su primera acepción gobernanza como «la acción y efecto de gobernar o gobernarse» para preferir, más recientemente, una acepción en la que se incorporaba un propósito a dicha acción. Así gobernanza viene a ser «el arte o manera de gobernar que se propone como objetivo el logro de un desarrollo económico, social e institucional duradero, promoviendo un sano equilibrio entre el Estado, la sociedad civil y el mercado de la economía». Este cambio recogía lo andado en el uso del término desde su aparición masiva en manos de académicos, consultores, operadores políticos y tecnócratas en la última década del siglo XX. Entonces, y al alimón del término gobernabilidad, que el DRAE viene a considerarlo como su sinónimo, el uso del concepto gobernanza se extendió popularizándose enormemente y llegando a tener un claro componente polisémico.

Si bien el término puede aplicarse a diferentes facetas de la actividad humana, de manera que se puede hablar, por ejemplo, de gobernanza empresarial, gobernanza universitaria, gobernanza deportiva o gobernanza eclesiástica, en este caso la referencia es estrictamente al terreno de la política.

Hay tres elementos que incidieron en la propagación del uso de la gobernanza recuperando una vieja palabra, muy posiblemente de origen francés, que había caído en desuso. En primer lugar, se encuentra el avance de la democracia propiciado por *la tercera ola* democratizadora que, tras superar la discusión de los elementos que habían inspirado las transiciones a la democracia, entró en el proceloso terreno de la consolidación democrática. Las diferentes aproximaciones teóricas acerca de la consolidación fueron siempre conscientes de que la misma, contrariamente a lo que en un primer momento de radical optimismo se llegó a pensar, nunca sería un punto de llegada definitivo pues el carácter dinámico de la política lo impedía. De esta manera, el programa de investigación que suponía el análisis de los procesos políticos de consolidación democrática quedó en suspenso pasándose a los estudios de la gobernabilidad. De lo que se trataba no era entonces de que la democracia quedara definitivamente consolidada sin que hubiera retrocesos, sino que los gobiernos tuvieran capacidades institucionales y humanas junto con recursos suficientes para que pudieran alcanzar sus objetivos.

En segundo lugar, los avances en la Administración pública registrados como consecuencia de la expansión de los Estados de Bienestar, o de formas de Estado similares, que conllevaban cierta expansión del gasto público, con la consiguiente ampliación de la burocracia y de las capacidades estatales, configuraban programas de actuación novedosos. En efecto, la nueva gestión pública, que ponía el acento en la búsqueda de la satisfacción de los ciudadanos, fue el paradigma que en la década de 1990 iluminó numerosos cambios en la búsqueda del buen gobierno. Ello suponía cambios en diferentes ámbitos que iban desde la descentralización a distintos niveles a la concepción del ciudadano como cliente.

En tercer y último lugar, aunque no por ello menos importante, las corporaciones privadas habían dado muestras inequívocas de preocupación con respecto a su

propia gestión. Las tradiciones familiares, jerárquicas, de potenciación de líneas de mando basadas en la propiedad junto con el peso de la experiencia o incluso de la intuición fueron paulatinamente dando pasos a modelos mucho más profesionalizados. La gestión empresarial encontró pronto cauces de expresión en los que tuvo conciencia de la importancia de dotar de nuevos mecanismos para facilitar el gobierno de las firmas procedentes del ámbito de la Psicología, de la Sociología o de la Antropología complementarios del estricto bagaje procedimental derivado del estudio de las empresas.

En el ámbito de la política, el legado del último cuarto de siglo había dejado el poso de la polémica abierta por el informe acerca de la ingobernabilidad de la Comisión Trilateral al que siguió, apenas tres lustros después, la caída del Muro de Berlín y su impacto sobre el nuevo panorama global. Si bien el clásico binomio configurado por la legitimidad y la eficacia continúa siendo un elemento referencial en el juego de la política, los efectos sobre el nuevo escenario van a poner de relieve la existencia de cuatro grupos de elementos definitorios de la gobernanza que pesaban de manera insoslayable sobre su configuración: se trata del diseño institucional, la organización de la acción colectiva, la conjunción de distintos niveles de actuación y, de manera transversal, del impacto de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación (*tics*).

La política mantiene un delicado equilibrio de carácter sistémico que requiere que en su componente relacional el poder cuente con cierta aquiescencia (confianza) por parte de la gente que, a su vez, demanda que un determinado número de necesidades sean satisfechas por aquel. Este balance clásico está en la esencia de toda acción de gobierno, de ahí la acepción del DRAE recogida al principio. En la actualidad, la confianza se establece mediante procedimientos legal-racionales que determinan un conjunto de reglas (instituciones) para hacer efectivo el gobierno. La eficacia de este descansará en su capacidad de definir las prioridades más relevantes que demanda la gente y en satisfacerlas.

El diseño institucional establece, al menos, tres líneas de actuación derivadas de la opción por una determinada forma de Estado que se desplaza en un continuo doble que va desde su expresión unitaria hasta la federal y desde el intervencionismo a la inhibición; una forma de democracia concebida en un continuo igualmente doble como es la representación-participación y la representación mayoritaria-representación proporcional; y una forma de gobierno expresada en el continuo presidencialismo-parlamentarismo.

La organización de la acción colectiva que canaliza las demandas de la gente y el apoyo al sistema político se articula sobre partidos políticos, movimientos sociales o grupos de interés institucionalizados. La densidad de estas formas constituye un tipo de capital político, pero, a la vez, refleja las divisiones, así como las tensiones, y la intensidad de las mismas que existen en la sociedad. Ello afecta en una correlación manifiesta a la acción de gobierno.

En un escenario global, los distintos niveles de actuación de la política son más numerosos y tienden a la complejidad. En claro retroceso del modelo del Estado-nación, se imponen ámbitos supranacionales que son requeridos para intentar configurar un nuevo orden, pero también otros, todavía pendientes de definir, que sirvan para delimitar el terreno de juego de las grandes corporaciones

cuyos activos no tienen componente espacial alguno. Sin embargo, a la vez, se registran presiones *desde abajo* para el reconocimiento de identidades postergadas (o ignoradas) hasta la fecha.

Las *tics,* y su exponencial desarrollo en el último cuarto de siglo, dibujan un panorama nuevo que incide en la arena de la gobernanza. Su carácter universal, inmediato, portable, reflexivo y viral reta a cualquier capacidad de respuesta de un poder anclado en una lógica administrativa vieja. Igualmente son poseedoras de una insólita posibilidad a la hora de contribuir al almacenamiento ingente de datos con el que conformar nuevos modelos de comportamiento humano y de las condiciones que delimitan e influyen en la acción de gobierno.

BIBLIOGRAFÍA

Alcántara Sáez, M.: *Gobernabilidad, crisis y cambio*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

Bañón Martínez, R.; García, T., dirs.: *Ideas para la gobernanza*. Barcelona: Fragua, 2015.

García Magariño, G., coord.: *La gobernanza y sus enfoques*. Madrid: Delta, 2016.

Garrido Gómez, M.ª I.; Ruiz Ruiz, R.: *Democracia, gobernanza y participación*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.

Prats i Catalá, J.: *De la burocracia al management, del managemet a la gobernanza. Las transformaciones de las Administraciones públicas de nuestro tiempo*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2005.

Requena, C.: *Gobernanza. Reto en la relación Estado-Sociedad*. Madrid: Universidad Complutense, 2014.

Manuel Alcántara Sáez
Catedrático de Ciencia Política
Universidad de Salamanca

VER TAMBIÉN: BUEN GOBIERNO / CONSTITUCIONALISMO MULTINIVEL / DEMOCRACIA / DEMOCRACIA GLOBAL / ESTADO DEMOCRÁTICO / MULTICULTURALIDAD / **PANDEMIA: PERSPECTIVA ÉTICA** / **PANDEMIA: PERSPECTIVA INTERNACIONAL** / **PANDEMIA: PERSPECTIVA POLÍTICA** / PROGRESO / SOCIEDAD INTERNACIONAL / TEORÍA POLÍTICA NORMATIVA

GOBIERNO ABIERTO

Desde hace unos años, en el entorno de la Administración pública, se ha ido extendiendo el uso del concepto de gobierno abierto, impregnando todas las cuestiones que tienen que ver con el gobierno, como paraguas bajo el que se recogerían una gran diversidad de buenas prácticas vinculadas a la gobernanza.

Durante años, la sociedad civil que, como consecuencia principalmente de la revolución tecnológica, ha ido adquiriendo una mayor apariencia de autonomía en sus actividades, ha extendido sus demandas de mayor control y decisión al ámbito de lo público. La Administración ha ido incorporando progresivamente figuras más o menos testimoniales en esta línea, pero solo en el año 2009 el gobierno abierto adquirió carta de naturaleza en las instituciones, cuando, tras una campaña electoral en la que el uso de las nuevas tecnologías fue determinante, el presidente Obama comenzaba su mandato aprobando un memorando sobre Transparencia y Gobierno Abierto. En el mismo establecía su compromiso para restaurar la confianza pública y establecer un sistema de transparencia, participación ciudadana y colaboración. Una apertura que, en sus palabras, fortalecería la democracia y mejoraría la eficacia de su gestión. Ese mismo año, el Ejecutivo de Estados Unidos aprueba la directiva de Gobierno Abierto que se centra en la publicación de información gubernamental y la mejora de esta información y, por otro lado, en la creación de un marco de políticas públicas para el gobierno abierto y la consolidación de una cultura en esta línea.

A esta decisión le sigue su expansión internacional a partir del año 2011. Esta comienza en el 66.º período de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, con el lanzamiento de la Alianza para el Gobierno Abierto, liderada por Estados Unidos y Brasil. Esta Alianza, que apela a la voluntad de gobiernos comprometidos con gobiernos más abiertos y con mejor capacidad de respuesta hacia sus ciudadanos, se estructura sobre cuatro principios: transparencia para mejorar la disponibilidad de información sobre las actividades del gobierno de todos los ciudadanos; participación que contribuya a apoyar su involucración cívica; probidad que permita implementar los más altos estándares de integridad profesional en las administraciones; y promoción de componentes tecnológicos que faciliten la apertura y rendición de cuentas.

Estamos en presencia de un concepto en permanente definición. Una de las claves de su expansión ha sido la indefinición del mismo, algo que también dificulta su consolidación. *Si gobierno abierto es cualquier cosa, corre el peligro de no ser nada.* De ahí la importancia de concretar el concepto para que no se convierta en una realidad jurídicamente insustancial, inaplicada en la práctica y en la que primen los fines propagandísticos.

El gobierno abierto acoge distintos elementos teóricos. El primero, un gobierno promotor del bienestar se basa en la capacidad de influencia a través de mecanismos de mayor información, o apertura de datos, para que la sociedad pueda contribuir a la adopción de decisiones más acertadas y que redunden en un beneficio común. El segundo, el gobierno transparente defiende que solo la transparencia y la rendición de cuentas

permiten sostener sistemas de pesos y contrapesos (*checks and balances*) que consiga influir positivamente en estas decisiones públicas. El tercero, el gobierno participativo, asume los beneficios de la implicación de la ciudadanía, a través de canales y espacios de discusión pública, y la participación de los ciudadanos y los *stakeholders* en el establecimiento de la agenda y a lo largo de todo el ciclo de vida de las políticas públicas. Por último, las corrientes de eficacia y cooperación en la gestión pública, para las que la disposición de información, así como la promoción de la colaboración y diálogo entre entidades públicas y privadas, permiten mejorar la eficiencia para evitar la corrupción, facilitar un mayor acierto en la toma de decisiones y solucionar problemas colectivos (gobierno colaborador).

De esta manera el gobierno abierto sería básicamente un modelo de gobierno que persigue maximizar el valor público promoviendo la transparencia y la rendición de cuentas y la participación y la colaboración, con el apoyo importante de la tecnología. En torno a esta definición aparecerán otros conceptos como derechos, inclusión, diálogo, coordinación, evaluación, ciudadanía activa, corresponsabilidad, equilibrio gobernantes-gobernados, servicios públicos, eficiencia, eficacia, calidad de las políticas públicas, mejores decisiones y, en definitiva, bienestar de los ciudadanos.

Desde el punto de vista de la democracia, el gobierno abierto supone una apuesta por una sociedad de ciudadanos informados que colaboran y participan en los asuntos públicos. Asume la pérdida del monopolio de las instituciones políticas y las Administraciones públicas sobre la gobernabilidad y busca la involucración de nuevos actores en esos procesos.

Desde estos postulados, el gobierno abierto contribuye al fortalecimiento de las instituciones, un incremento de la eficacia y eficiencia de los gobiernos y del funcionamiento de las instituciones y una mayor integridad de los representantes y servidores públicos, ejerciendo como mecanismo preventivo de los abusos de poder y las posibilidades de corrupción. Contribuye además a reforzar la legitimidad del poder a través de procesos, frente a un poder que tiene dificultades para obtener legitimidad vía rendimientos, además de hacer frente a fenómenos de desafección muy fuertes, reduciendo las posibilidades deslegitimatorias de la corrupción y los abusos de poder.

Es importante destacar los retos de futuro: la materialización del gobierno abierto. A pesar del éxito del término, el gobierno abierto es todavía un proyecto en construcción, al que le falta impactar positivamente en la sociedad, y en el que tras la siembra de teorías y experimentos deberíamos a empezar a cosechar resultados. En el panorama se encuentran distintas iniciativas sueltas, más efectistas que efectivas, *estéticas pero estáticas* en el camino de la regeneración democrática.

El gobierno abierto tiene una base cultural, una forma de entender la política y la actuación de las Administraciones públicas, y unos principios básicos en torno a la transparencia y la participación (en sentido amplio), pero estamos lejos de materializar esos valores en instituciones. Su materialización ha ido avanzando por la vía de la experimentación, aplicando estos principios en instituciones concretas, y por la vía normativa, con la creación de normas jurídicas que contribuyan a esta consolidación de una cultura, unos principios, unas organizaciones que vayan alterando su estructura, su funcionamiento y sus procesos.

El gobierno abierto precisa de una sociedad de la información desarrollada y un liderazgo político decidido, definido en un plan integral. Pero además de este plan estratégico debe incorporar un marco jurídico capaz de incorporar los valores y los procedimientos propios del gobierno abierto al funcionamiento habitual de la Administración y generar una serie de derechos y obligaciones tanto a los ciudadanos como a la misma Administración. Un marco jurídico que debería incluir leyes de acceso a la información, normas sobre privacidad y protección de datos, regulación de los procedimientos administrativos y de los mecanismos de control [en España, véase la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, así como la legislación al respecto de varias Comunidades Autónomas].

El modelo organizativo también resulta clave para el éxito de estas políticas públicas. Un modelo que defina las funciones y medios atribuidos, así como los criterios de articulación con otras unidades administrativas. Estos cambios deberían realizarse de manera paulatina incrementando la transparencia, incorporando la participación, mejorando los niveles de colaboración con la sociedad hasta lograr la implicación ciudadana permanente. De ahí que el principal reto del gobierno abierto sea generar una verdadera *actitud proactiva* de todas las personas que forman parte del aparato y estructura gubernamental, de los niveles políticos y técnicos, así como la complicidad de todos los actores relacionados, ciudadanos y organizaciones corresponsables y comprometidos.

BIBLIOGRAFÍA

Calderón, C.; Lorenzo, S., eds.: *Open Government – Gobierno Abierto*. Granada: Algon Editores, 2010.

Calderón, C., *et al.*: *Guía práctica para abrir gobiernos. Manual de «Open Government» para gobernantes y ciudadanos*. Madrid: Goberna América Latina, 2014.

Lathrop, D.; Ruma, L., eds.: *Open Government: Collaboration, Transparency, and Participation in Practice*. Sebastopol (California): O'Reilly Media, 2010.

Ramírez Alujas, A.: «Gobierno abierto y modernización de la gestión pública: tendencias actuales y el (inevitable) camino que viene. Reflexiones seminales», en *Enfoques: Ciencia Política y Administración Pública*, IX:15 (2011).

Rubio, R.; Vela, R.: *Parlamento abierto. El Parlamento en el siglo XXI*. Madrid: UOC, 2017.

Rafael Rubio
Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universidad Complutense
Miembro de la Comisión de Venecia

VER TAMBIÉN: ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA / AGENDA DIGITAL / BIG DATA / BUEN GOBIERNO / BUENA ADMINISTRACIÓN / CALIDAD DEMOCRÁTICA / CIENCIA DE LA ADMINISTRACIÓN / CORRUPCIÓN POLÍTICA / DEMOCRACIA / GOBERNANZA / PROTECCIÓN DE DATOS / RENDICIÓN DE CUENTAS / VOTO ELECTRÓNICO

GOLPE DE ESTADO

Como modalidad no pautada de acceso al poder político, los golpes de Estado presentan *a priori* una serie de rasgos característicos: el primero es el secretismo en su organización y la necesaria rapidez de su ejecución. Una segunda característica es su pretendido carácter violento, ya que supone un asalto fulminante a las instancias de gobierno, que se ejecuta desde dentro del entramado del poder, que requiere normalmente un empleo de la coacción física calculado y en ocasiones bastante reducido (como es el caso de algunos golpes «blandos» o institucionales), y que no necesita la implicación de las masas. Algunos estudiosos advierten que la verdadera esencia del golpe de Estado no radica en su naturaleza violenta, sino en su carácter ilegal, de transgresión del ordenamiento jurídico-político vigente, tanto en los medios utilizados como en los fines perseguidos, sean estos el establecimiento de un régimen dictatorial o un cambio en el equilibrio constitucional de los poderes del Estado. Esta virtualidad subversiva de la totalidad del régimen jurídico-político, destacada en su momento por Hans Kelsen, es puesta en duda por algunos autores, ya que a veces un golpe deja intacta una parte de las instancias institucionales, como fueron los casos de los ejecutados por Primo de Rivera o Mussolini respecto de las Monarquías española o italiana, o de muchas de las intervenciones militares en América Latina. La mayor parte de las definiciones otorgan el protagonismo de los golpes de Estado a una minoría que cuenta con un acceso privilegiado a los resortes de poder, especialmente los de tipo coactivo: el Ejército. Pero hay que tener en cuenta que ni estas acciones son el único modo de intervención militar en la política, ni los uniformados son sus únicos protagonistas. En resumen, el golpe de Estado puede ser evaluado como un cambio de gobierno efectuado por algunas élites poseedoras de algunas instancias del poder gubernamental en desafío de la Constitución legal del Estado. Es un acto inesperado, repentino, decisivo, potencialmente violento e ilegal, cuya impredecibilidad resulta tan peligrosa para los conjurados como para las eventuales víctimas, y que precisa de un gran cuidado en la ejecución.

Aunque el ensayista del siglo XVII Gabriel Naudé es aceptado como el acuñador y el difusor del término «golpe de Estado» entendido como ardid principesco ejecutado en pro del bien público, antes que él otros pensadores como Aristóteles, Tácito, Tomás de Aquino o Maquiavelo habían reflexionado sobre cuestiones afines al uso y el abuso del poder político, como la naturaleza de la dominación tiránica o las circunstancias que justificaban el empleo de la fuerza de los gobernantes sobre los gobernados y los derechos de rebelión de estos frente a un poder usurpador. Sin embargo, resulta difícil hablar de golpismo en épocas anteriores a la conformación del Estado moderno, puesto que los sistemas políticos deben evolucionar hasta un cierto grado y poseer determinadas características funcionales de especialización y complejidad para que un golpe resulte factible.

El golpe de Estado, que tanta trascendencia tuvo en la vida política francesa entre Thermidor de 1794 y Brumario de 1799, no mereció una revisión crítica acorde con su trascendencia política hasta las obras casi coetáneas de Víctor

Hugo, Proudhon y Marx sobre la maniobra usurpadora ejecutada por el príncipe Luis Napoléon Bonaparte el 2 de diciembre de 1851. Fue entonces cuando se universalizó en todas las lenguas el término *coup d'État*, se rompió definitivamente con la vinculación impuesta por Naudé entre el golpismo y la razón de Estado vinculada con el bien público, y se asumió una visión peyorativa del fenómeno como un acto ejecutado por un individuo o un partido contra el derecho, la ética, la representación nacional y las libertades públicas. El progresivo afianzamiento del liberalismo implicó la progresiva secularización del concepto: de acción suprema fundamentada en los antiguos *arcana imperiorum* (secretos de Estado) se pasó en el siglo XIX a concebir el golpe como un recurso arbitral extraordinario en el conflicto librado entre poderes institucionales o constitucionales. Una perspectiva que ha vuelto a ponerse de actualidad en algunos países latinoamericanos durante las primeras décadas de la presente centuria.

En el siglo XX, el cuestionamiento del orden político liberal-democrático durante el período de entreguerras volvió a poner de actualidad el recurso al golpe de Estado, a través de la polémica suscitada por tres ensayos subversivos de signo bastante diverso: la conquista del poder por los bolcheviques en Rusia, la «Marcha sobre Roma» patrocinada por los fascistas y las asonadas protagonizadas por el sector ultranacionalista de la Reichswehr en los primeros pasos de la República de Weimar. La gran novedad del análisis sobre el golpismo fue el descubrimiento de que la creciente complejidad del Estado contemporáneo exigía nuevos modos de acceso ilegal al poder, donde los aspectos no estrictamente políticos resultaban insoslayables. El escritor italiano Curzio Malaparte intentó demostrar que «el problema de la conquista y de la defensa del Estado no es un problema político, sino un problema técnico; que el arte de defender el Estado está regido por los mismos principios que rigen el arte de conquistarlo» (Malaparte, 1931: 259-260). Desde entonces, la utilización de la legalidad democrática, junto con las amenazas violentas en diverso grado, formaron la esencia de esa técnica golpista que alcanzó notoriedad en los años veinte y treinta de la pasada centuria.

El contexto internacional de la segunda posguerra mundial, los problemas anejos al proceso de descolonización, en especial, posibilitaron un replanteamiento en profundidad de la problemática golpista. Desde entonces, la literatura sobre los golpes de Estado ha desplegado dos tipos de variables explicativas: las relacionadas con las condiciones macroestructurales de orden social, político y económico de los países sometidos a un intenso proceso de cambio estructural y las vinculadas con la organización y el comportamiento del poder militar. Los esfuerzos por integrar ambos grupos de factores han desembocado en la actual visión del golpismo desde tres perspectivas fundamentales: como una estrategia de acceso al poder característica de una corporación pretendidamente «modernizadora» como es el Ejército; como la evidencia o el resultado de la inestabilidad de un régimen político fragilizado por un déficit de legitimidad e institucionalidad y por una cultura cívica fragmentada o escasamente desarrollada, y como un indicador plausible del grado de dependencia socioeconómica a que están sometidos algunos países en vías de desarrollo. Los análisis estadísticos muestran, en efecto, una relación negativa entre el desarrollo económico y el intervencionismo militar en la política, pero el golpismo no prolifera siempre en los países más pobres, sino que existe una relación curvilineal entre el nivel de desarro-

llo económico y la propensión a los golpes de Estado, de modo que los Estados con niveles intermedios de bienestar son los más proclives a sufrir la lacra del intervencionismo militar violento.

La relación que ha mantenido el golpe de Estado con las diferentes formas históricas que ha ido adoptando el poder político ha cambiado de modo sustancial a lo largo de la historia: de palanca maestra para la ejecución de acciones excepcionales tendentes al sostenimiento del trono pasó a transformarse en un modo de asalto dirigido a la conquista o a la redistribución del poder en la maquinaria estatal, cuyo sometimiento a los principios constitucionales la hacían más especializada y compleja que antaño. En la actualidad, los analistas políticos han forjado sus esquemas teóricos sobre la base de los problemas generados por los cambios socioeconómicos o sobre la naturaleza fragmentada y caótica de la vida política en los países en vías de desarrollo, antes que sobre las situaciones inmediatas y concretas que producen o entorpecen los golpes de Estado. Pero, en general, las relaciones entre economía y golpismo no son determinantes, sino que este tipo de actuaciones vienen condicionadas por las circunstancias sociales, políticas o institucionales, y también por factores de alcance internacional.

BIBLIOGRAFÍA

De Andrés, J.: *El voto de las armas. Golpes de Estado en el sistema internacional a lo largo del siglo XX*. Madrid: Los Libros de la Catarata, 2000.

Goodspeed, D. J.: *The Conspirators. A Study of the Coup d'État*. London: MacMillan, 1961 (ed. castellana: *Golpes de Estado*. Barcelona: Luis de Caralt, 1966).

González Calleja, E.: *Nelle tenebre di brumaio. Quattro secoli di riflessione politica sul colpo di Stato*. Roma: Società Editrice Dante Alighieri, 2012.

Malaparte, C.: *La technique du Coup d'État*. Paris: Grasset, 1931 (ed. castellana: *Técnica del golpe de Estado*. Bonaparte, Lenin, Trotsky, Mussolini, Hitler, Kapp, Pilsudski, Primo de Rivera. Madrid: Ed. Ulises, 1931).

Naudé, G.: *Consideraciones políticas sobre los golpes de Estado*. Madrid: Tecnos, 1998.

Nordlinger, E. A.: *Soldiers in Politics: Military Coups and Governments*. Englewood Cliffs: Prentice Hall, 1977.

O'Kane, R. H. T.: *Coups d'État: An Empirical Investigation of Existing Literature: A Probabilistic Theory proposed and tested, and Predictions made*. Colchester: University of Essex, 1971.

Thompson, W. R.: *The Grievances of Military Coup-Makers*. London: Sage, 1973.

Eduardo González Calleja
Catedrático de Historia Contemporánea
Universidad Carlos III de Madrid

VER TAMBIÉN: ANOMALÍA CONSTITUCIONAL / AUTORITARISMO / COMUNISMO / DICTADURA / FASCISMO / POLÍTICA / RAZÓN DE ESTADO / REVOLUCIÓN

GUERRA Y CONFLICTO POLÍTICO

Un conflicto es un tipo de relación entre dos o más actores que perciben sus objetivos con total o parcial incompatibilidad. Cada uno de esos actores tiene una relación de interdependencia con los demás en lo que respecta a la consecución de sus objetivos. Esta relación supone que la satisfacción de los intereses de uno de los actores depende en parte del comportamiento del otro actor y viceversa. Es una dependencia recíproca de la cooperación con el otro. Implica que existen límites a lo que cada uno puede hacer por sí mismo. Si la consecución del objetivo X del actor A es independiente de la conducta del actor B, no habrá interdependencia entre ellos, y, por tanto, no estaremos ante una situación de conflicto.

La teoría de juegos (ciencia que estudia el comportamiento estratégico) sostiene que estamos ante una situación de interdependencia estratégica –juego– cuando nuestro mejor resultado depende de las elecciones de otro jugador, que también actúa con un propósito.

Hay distintos tipos de juegos: *juegos de suma cero* son aquellos en los que los intereses de los jugadores están en estricto conflicto, y en los que lo que uno gana el otro necesariamente lo pierde, y viceversa. *Juegos de no suma cero o de suma positiva* son aquellos en los que los jugadores pueden ganar o perder individual o conjuntamente sin que ninguno de los otros necesariamente pierda o gane correlativamente. En los *juegos de turno simultáneo* los jugadores hacen sus jugadas respectivas simultáneamente, sin haber podido observar la del otro jugador. En los *juegos de turno consecutivo* primero juega uno y a partir de ahí los jugadores hacen sus jugadas respectivas sucesivamente, después de haber podido observar la jugada del otro. Los juegos de suma cero constituyen un caso límite de puro conflicto. En el extremo opuesto se sitúan los juegos de pura *coordinación*, en los que los jugadores ganan o pierden conjuntamente y tienen por tanto idénticas preferencias respecto del resultado. Entre los dos casos límites se hallan los juegos *mixtos* de conflicto y cooperación, en los que, siendo juegos de suma positiva, los jugadores tienen una imperfecta correlación de preferencias respecto del resultado. Los conflictos políticos suelen ser de este tipo, aunque la mentalidad de suma cero los distorsiona y aleja de un posible escenario de negociación. Precisamente, la negociación es una estrategia interactiva que se despliega, en términos explícitos y/o de forma tácita, en las situaciones de interdependencia que incluyen a la vez conflicto de intereses y posibilidades de cooperación, con la finalidad de obtener, mediante una decisión conjunta, denominada acuerdo, un resultado que los agentes valoren más que sus respectivas alternativas unilaterales.

En los escenarios de conflictos se puede intervenir en cuatro planos diferentes: para prevenir, para gestionar, para resolver y para transformar conflictos. La intervención para *prevenir* puede tener dos objetivos distintos: para corregir aquellas variables que causarían el surgimiento del conflicto (evitar el conflicto) o intervenir para encauzar dichas variables, de forma tal que el conflicto surja de una manera controlada (conducir el conflicto). La intervención para *gestionar* supone que el conflicto ya ha surgido y se actúa para conducir ciertos aspectos del conflicto hacia un estadio en que sea

posible su *resolución*. Esta supone la finalización de la percepción de incompatibilidad mediante la consecución de una propuesta que puede surgir del intercambio de las partes (mediación, negociación, etc.) o de la intervención de un tercero (arbitraje, proceso judicial, etc.). La *transformación* pone el acento en la naturaleza dialéctica del conflicto. Los conflictos sociales y políticos forman parte natural de las relaciones humanas. Es un elemento necesario de la construcción transformativa de la organización de nuestras relaciones con la naturaleza y la tierra (relaciones económicas y de trabajo para nuestra supervivencia), con nuestros semejantes (relaciones de parentesco) o con los otros (relaciones políticas). Si las primeras vienen determinadas por el cálculo y el intercambio (espacio económico), las segundas se basan en la confianza y la hospitalidad (espacio familiar). Es en las terceras (espacio político) donde los conflictos, la desconfianza y la hostilidad toman carta de naturaleza, aunque la relación con la violencia no es necesaria sino solo contingente (puede haber conflictos sin violencia, aunque no violencia sin conflictos).

En todo caso, antes de intervenir es fundamental hacer un diagnóstico previo o *mapeo* del conflicto, esto es, la identificación de aquellos elementos necesarios para que la intervención sea eficaz. Para ello será fundamental determinar ocho componentes: 1) Los sujetos (¿quién participa en el conflicto?) 2) Los intereses y objetivos (¿qué quieren los sujetos y cómo pretenden conseguirlo?) 3) El poder (¿de qué recursos disponen los sujetos para conseguir sus intereses?) 4) La conciencia (¿quién es reconocido como interlocutor para la resolución?) 5) Los marcos de referencia (¿cuáles son los supuestos, paradigmas o prejuicios que inconscientemente sostienen los actores?) 6) Las emociones (¿qué papel tienen las emociones en este conflicto?) 7) La relación (¿cómo se estructura la relación entre los sujetos?) 8) Las coaliciones (¿qué coaliciones se pueden generar en este conflicto?) Cada una de estas piezas permite establecer el mapa de la relación conflictiva al efecto de comprender mejor cuál es la intervención.

Se pueden dar muchos tipos de conflictos, y todos ellos pueden afectar a los conflictos políticos. Pueden existir conflictos sobre determinados *datos* por ausencia de información, información deficiente, opiniones diferentes acerca de lo que es relevante, interpretaciones diferentes de los datos, etc. También se pueden dar puros conflictos de *intereses*, tanto sustantivos como procedimentales. Los conflictos *estructurales* debidos a situaciones desigualitarias en el control, propiedad o distribución de recursos, o en la distribución del poder o la autoridad, son muy relevantes en las confrontaciones políticas. No menos importantes son los conflictos de *valores* determinantes de marcos de referencia que son los responsables de discrepancias inconmensurables de difícil gestión. Es obvio que los conflictos de *relaciones* son la causa frecuente de la escalada de los conflictos, cuyo resultado más temible es la dinámica de escalada destructiva. Las estrategias de intervención son diferentes en función de la variada tipología de conflictos, y deben ser precedidas por un mapeo consistente y exhaustivo.

Frente al conflicto, con independencia de su naturaleza, caben distintas actitudes, según se acepte, evite o niegue: superación (se reconoce su existencia y hay voluntad de superarlo); ventaja (se procura sacar provecho del mismo); negación (se evita reconocer su existencia); evasión (no hay intención de enfrentarse a él); acomodación (no se le da respuesta); arrogancia (no se le da respuesta

adecuada); agresividad (respuesta hostil o violenta). Por ello se ha dicho que hay cinco actitudes fundamentales que han recibido distintos nombres en función del mayor o menor interés en el equilibrio de mis preferencias y las del otro: dominación, integración, compromiso, evitación y servilismo. Tales actitudes pueden ser explicadas en función de su grado de compromiso con los resultados que maximizan el interés de un actor o las relaciones con la otra parte, bien con la autoafirmación de la asertividad o con la empatía hacia los otros.

Las respuestas posibles al conflicto son múltiples, y van desde la negociación con el adversario a su posible destrucción. De mayor a menor participación de los actores en la resolución del conflicto podríamos hablar de soluciones unánimes y consensuadas, integradas, cooperativas, en alianza, de adaptación mutua, negociadas, mediadas, arbitradas, resueltas por adjudicación judicial, resultado de la disuasión o, finalmente, enfrentadas en un escenario bélico. No hay que confundir los conflictos con los casos jurídicos: estos se refieren a los conflictos normativizados, aquellos para los que el sistema jurídico tiene prevista una solución tipificada.

La *guerra* es una forma determinada de regular los conflictos, caracterizada por hacerlo mediante el uso de la violencia a gran escala. Es una opción, pero no un recurso inevitable. Hay numerosas causas desencadenantes de los conflictos bélicos: formas narcisistas de poder político y económico, lucha por retóricas nacionalistas basadas en el honor, desconfianza entre los rivales, percepción equivocada de los movimientos del adversario, pérdida de prestigio y necesidad de recuperación, desviación hacia un objetivo exterior de las frustraciones sociales y políticas internas, escalada irracional del conflicto derivada de la tensión de la crisis, presión vinculada a la toma urgente de decisiones…

Si bien es cierto que el fin de la Guerra Fría ha comportado una notable disminución de la frecuencia de los conflictos bélicos, no es así si nos atenemos a los conflictos menores e intermedios. Los nuevos conflictos se suelen agrupar en tres grandes categorías relacionadas con la situación del Estado: por su control (movimientos revolucionarios, campañas de descolonización, élites que se disputan el poder), por su formación (procesos de autonomía o secesión, etnicidad, identidad comunitaria, religión) y por su fracaso (ausencia de estructuras estatales, Estados fallidos). Existen una gran cantidad de factores generadores de los conflictos bélicos de los últimos tiempos. Podrían ser agrupados en conflictos de legitimidad (típicos de las «nuevas democracias»), de transición (luchas de fuerzas rivales), de identidad (diferencias étnicas, tribales y lingüísticas) y de desarrollo (abismo entre ricos y pobres).

La paz es algo más que la ausencia de guerra y tiene que ver con la capacidad para superar las formas violentas y destructivas de los conflictos. La cultura de paz ve en ellos una oportunidad creativa de transformación social mediante el encuentro y comunicación de los actores implicados.

BIBLIOGRAFÍA

Alzate, R.: *Análisis y resolución de conflictos. Una perspectiva psicológica*. Bilbao: Universidad del País Vasco, 1998.

Calvo, R.: *Mapeo de conflictos*. Barcelona: Gedisa, 2016.
Entelman, R.: *Teoría de conflictos*. Barcelona: Gedisa, 2002.
Fisas, V.: *Cultura de paz y gestión de conflictos*. Barcelona: Icaria, 2006.
Kaldor, M.: *Las nuevas guerras*. Barcelona: Tusquets, 2001.

Juan Ramón de Páramo Argüelles
Catedrático de Filosofía del Derecho y Director del Instituto de Resolución de Conflictos
Universidad de Castilla-La Mancha

VER TAMBIÉN: CIBERTERRORISMO / DEFENSA / DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO / DICTADURA / JURISDICCIÓN UNIVERSAL / REALISMO POLÍTICO / REVOLUCIÓN / VIOLENCIA DE GÉNERO

HISTORIA

La conciencia del carácter histórico del mundo y de la vida misma que desde el siglo XVIII se le fue imponiendo al hombre, hizo que la historia fuese enseguida parte constitutiva de la propia realidad, de la condición humana. «La vida –escribió Heidegger en 1925, en un ensayo sobre Wilhelm Dilthey (1833-1911) y su lucha por una concepción histórica del mundo– se observa a sí misma en la Historia». El interés heideggeriano en Dilthey –compartido en España por Ortega y Gasset– era justo. Dilthey fue el primero en hacer de la Historia el punto central de su reflexión filosófica. Para Dilthey, la revolución historiográfica alemana del siglo XIX, que atribuía a historiadores como Ranke, Niebhur y Mommsen (pero que podría igualmente asociarse en Francia con Guizot, Thiers, Michelet y Taine, y en Inglaterra con Carlyle, Macaulay, Stubbs y lord Acton), obligaba a investigar la naturaleza y la condición de la Historia y a emprender, según escribió en 1903, «una crítica de la razón histórica» que hiciese entender la dimensión histórica de la vida: «solo la Historia –escribía– puede decirnos qué es el hombre».

Aunque Historia hubo «siempre» –en el mundo greco-romano, en la Edad Media, en el Renacimiento, en el siglo XVIII: la misma Biblia es básicamente un libro de historia lineal– fue en el siglo XIX cuando el hombre tomó en efecto, definitivamente, conciencia de su condición histórica. La Historia irrumpió en ese siglo como forma de conocimiento sistemático, como disciplina rigurosa: explosión de estudios históricos, organización de archivos nacionales, creación de cátedras de Historia (la Sorbona creó en 1886 una cátedra de Historia de la Revolución francesa), aparición de publicaciones periódicas (*Revue Historique*, 1876; *English Historical Review*, 1886; *Revue de Synthése Historique*, 1900), publicación de grandes repertorios históricos (la *Evolución de la Humanidad*, dirigida por Henri Berr, que empezó a aparecer en 1900; la *Historia Moderna de Cambridge* de lord Acton, publicada entre 1902 y 1910). La *Historia de Inglaterra* de Thomas B. Macaulay, publicada entre 1848 y 1861, la interpretación «liberal» por excelencia de la historia inglesa, fue un éxito excepcional: a fines del siglo XIX era, junto con la Biblia y las obras de Shakespeare, el libro más frecuente en los hogares británicos. Leopold von Ranke (1795-1886), el historiador alemán antes mencionado –tal vez el prototipo de «historiador ideal»– pudo así decir que la verdad histórica «es infinitamente más hermosa e infinitamente más interesante que la ficción novelesca». Merced a los historiadores citados y a muchos otros –Burckhardt, Frederick J. Turner, Trevelyan, Huizinga, Menéndez Pidal, Pirenne, Toynbee, Sánchez Albornoz, Lucien Febvre, Marc Bloch, etc.–, la Historia fue en el siglo XX algo más: una explicación creíble y verificable de la realidad. Por lo ya dicho: porque su desarrollo respondía a la comprensión del hecho esencial de que el hombre es un ser histórico (Dilthey); de que el hombre no tiene naturaleza, sino simplemente historia (Ortega y Gasset); que la vida es ante todo vida histórica.

La Historia no era ya, además, solo erudición. Era, y es, revisionismo crítico, el ejercicio de una facultad crítica, un antídoto contra la credulidad y la ignorancia, una forma, en suma, de pensar sobre el hombre y la experiencia humana en el tiempo. Con características –añadamos–

propias, dos de ellas sin duda irrenunciables, de acuerdo con el análisis de Arthur Marwick en *The Nature of History*, 1976: el empleo de la narrativa lineal y el rechazo a aceptar teorizaciones dogmáticas (o en otras palabras, narrativa brillante, y análisis crítico y documentado de la evidencia empírica). Las cualidades que C. P. Gooch veía en la obra de Ranke –en el prólogo que escribió para *Pueblos y Estados en la Historia moderna*, una antología de escritos del historiador alemán que apareció en 1945– resume (puesto que no ha perdido vigencia) lo que debe definir el quehacer historiográfico y el oficio del historiador: información exhaustiva, objetividad, serenidad de juicio, conocimiento crítico de las fuentes, estilo mesurado, maestría del detalle, facultad de generalización con minuciosa exactitud.

Cada generación, con todo, escribe su propia historia. El desarrollo de la Historia como disciplina académica conllevó cambios –cambios sustanciales– en torno al objeto mismo de la Historia. En 1926, por ejemplo, apareció en Gran Bretaña la *Economic History Review*, la primera gran revista de Historia económica; y en 1929, *Annales d'histoire économique et sociale*, la gran publicación de Historia social y de Historia de las mentalidades creada por Lucien Febvre y Marc Bloch, Historia de «larga duración» como reacción contra la Historia «factual» y la Historia política de acontecimientos, revista con la que se asociarían muchos de los grandes historiadores franceses del siglo XX (Braudel, Philippe Ariès, Le Roy Ladurie, muchos otros). Cambridge creó en 1928 la primera cátedra de Historia económica. La Historia no era ya, como en el siglo XIX –Ranke incluido, no obstante su ambición de hacer Historia universal– Historia diplomática y militar e Historia política e institucional. A lo largo del siglo XX y al hilo de la creciente e inevitable especialización de los historiadores, se había transformado en Historia de la sociedad: vida material, cultura, usos, costumbres, política, actividades profesionales, ocio, formaciones socioeconómicas, tecnología, demografía, biografía, mentalidades, relaciones sociales, mitos, ideas, creencias, emociones, acontecimientos, religiosidad, arte, ciencia, instituciones, mujeres, sexualidad, infancia, salud, minorías étnicas, representaciones, leyendas y símbolos del pasado, historia de la muerte, paisajes, lugares de la memoria; Historia local, Historia nacional, Historia global.

La Historia terminó así por presentarse como lo que realmente fue (se diría que desde que Tucídides escribió su *Historia de la Guerra del Peloponeso* en el siglo V a. C., la obra que creó la Historia como disciplina) y es: como complejidad; no como sistema, sino como problema. En revisión epistemológica permanente, la razón histórica se le presentaba a la propia Historia, a la historiografía, como una razón azarosa, impredecible, contingente, provisional; y la Historia, como un teatro de situaciones –por usar la expresión de Sartre–, de problemas. «Hombres más inteligentes y cultos que yo –escribía en 1935, en su conocida *Historia de Europa*, el historiador británico H. A. L. Fisher– han discernido en la Historia una trama, un ritmo, una lógica predeterminada. Tales armonías se me ocultan. Solo soy capaz de ver que una emergencia sigue a otra, como una ola sigue a otra ola…», y concluía que los hechos eran en Historia únicos, que generalizar no era así posible, y que el historiador debía reconocer, como «única regla segura», «la mano de lo contingente y lo imprevisto» en el desarrollo del destino humano. La narración histórica es sin duda una explicación, y una explicación causal. Pero la Historia es, al tiempo, muchas historias posibles: porque en la Historia las cosas

pudieron muchas veces haber sido de otra manera. Lo que sucedió en la Historia fue por lo general probable; pero no fue inevitable.

Por su propia complejidad, y por su propio complicado estatus como forma de conocimiento, la Historia renunció en algún momento –sin duda en la segunda mitad del siglo xx– a funciones ejemplarizantes y didácticas excesivamente ampulosas. En el prólogo que en 1980 escribió para el libro de Isaiah Berlin *Conceptos y categorías. Ensayos filosóficos*, el filósofo inglés Bernard Williams decía que reconocer que la pluralidad de valores define la realidad última de la Historia y de la conducta humana constituye una de las pocas verdades fundamentales y absolutas a que puede llegar la Historia. El propio Berlin –historiador de las ideas, miembro de una de las mejores generaciones historiográficas del siglo xx, la generación británica de Trevor Roper, Lawrence Stone, Hobsbawn, Elton, E. P. Thompson, E. H. Carr, A. J. P. Taylor, Raymond Carr, Bullock, John H. Elliott, Haskell y otros, que apareció después de 1945– había escrito en *La inevitabilidad en la Historia* (1953) que Historia equivalía a multiplicidad, pluralismo moral, fragmentación, diversidad, libertad (o múltiples posibilidades). La Historia era, para él, resultado del quehacer libre de los individuos, de sus ideas, creencias y decisiones, y, por tanto, responsabilidad moral del hombre.

Historia, por tanto, como *problema*. Pero siempre como un conocimiento necesario. Porque, como dijeron y se indicaba al principio, Dilthey y Ortega y Gasset, el hombre es un ser histórico, que solo tiene Historia. En palabras de Max Weber, solo se puede saber lo que somos, si se determina cómo hemos llegado a ser lo que somos. «El pasado no está muerto», escribió el escritor norteamericano W. Faulkner en *Réquiem por una monja* (1951): «ni siquiera es el pasado», concluía.

BIBLIOGRAFÍA

Berlin, I.: *Libertad y necesidad en la Historia*. Madrid: Revista de Occidente, 1974.
Bloch, M.: *Introducción a la Historia*. México: Fondo de Cultura Económica, 1952.
Cannon, J.: *Blackwell's Dictionary of History*. Oxford: Blackwell, 1988.
Carr, E. H.: *¿Qué es la Historia?* 5.ª ed. Barcelona: Seix Barral, 1972.
Collingwood, R. G.: *Idea de la Historia*. México: Fondo de Cultura Económica, 1952.
Huizinga, J.: *El concepto de Historia y otros ensayos*. México: Fondo de Cultura Económica, 1946.
Maravall, J. A.: *Teoría del saber histórico*. Madrid: Revista de Occidente, 1967.
Meyer, E.: *El historiador y la Historia antigua*. Madrid: Fondo de Cultura Económica, 1983.
Veyne, P.: *Cómo se escribe la Historia*. Madrid: Alianza, 1984.

Juan Pablo Fusi Aizpurúa
Académico de Número de la Real Academia de la Historia
Catedrático Emérito de Historia Contemporánea
Universidad Complutense

VER TAMBIÉN: CIENCIA POLÍTICA / ESTADO / FILOSOFÍA POLÍTICA / HISTORIA DE LAS IDEAS / HISTORICISMO Y ESCUELA HISTÓRICA

HISTORIA DE LAS IDEAS

La naturaleza humana se conoce solo por sus manifestaciones –*historia magister vitae*– y el saber histórico acerca de lo humano tiene métodos propios, muy distintos de los de las ciencias naturales, pues el hombre difiere de los demás seres vivos en que tiene ideas independientes de su naturaleza biológica. Por eso, «toda Historia, es la Historia del pensamiento» (R. G. Collingwood), si bien, decía Lessing (1729-1781), la Historia científica consiste en dar sentido a lo que no lo tiene. Para Herder (1744-1803), la clave de la Historia de los hechos que resultan de la acción humana era la Historia de las ideas. Al ser actos del pensamiento para un fin, su estudio facilita la comprensión del sentido de las acciones humanas individuales y de grupos. Paralelamente a la Historia de las ideas y en cierto modo como su complemento, existen la Historia intelectual, la Historia de las mentalidades, la Historia de los conceptos, la Historia de las doctrinas, la Historia de las ideologías, o las de la religión, la política, la economía, la ciencia, etc. Métodos (de *modus,* modo) para comprender qué es el ser humano.

Una idea (ἰδέα, aspecto, apariencia, forma relacionada con εἶδος, *eîdos,* aspecto, vista, visión) es una representación mental de la razón. El acto primario del entendimiento que hace inteligible la realidad y da sentido a la vida humana. Pues gracias a las ideas, pueden los hombres elegir sus fines y actuar con libertad sin dejarse llevar impulsivamente por los deseos. «El deseo –dice P. Watson en *La era de la nada*– es el gran tema pendiente de la ciencia, es el problema central de nuestra vida emocional. Nunca se va». La vida *humana* es imposible e ininteligible sin el deseo o apetito, la causa de las rivalidades conflictivas de origen mimético (R. Girard) que impulsan la Historia. Arnold Gehlen mostró que el hombre no tiene instintos como los demás seres. Lo que mueve su voluntad son los deseos, porque es un ser natural «no-terminado», o, como decía Nietzsche, «no ha sido fijado todavía». De ahí su condición de «ser actuante» en busca de su perfección. El objeto de las historias que narran los historiadores, son pues las ideas que dirigen las acciones humanas. Una acción es una idea, el pensamiento que transforma el tiempo meramente cuantitativo en tiempo cualitativo, histórico. Decía Michael Oakeshott: «la Historia es un abstracto mundo de ideas».

La vida humana es temporal. El hombre vive en su tiempo histórico concreto, limitado, como «animal de realidades» (Zubiri), y la razón, una función de la vida, es la que guía a la voluntad para enfrentarse a la circunstancia en que está inmersa, para afirmarse y mejorar su condición actuando sobre ella: es la razón vital (Ortega). El resultado es la perspectiva de la realidad correspondiente a su momento, aquello con lo que se topa, pues no se pone, sino que hay que contar con ello. Esa realidad es el mundo constituido por ideas del pasado en el que se vive temporalmente actuando. Para Platón, las ideas eran esencias. Pero el hombre no se vincula al espacio como el animal, la vida es «lo que hacemos y lo que nos pasa» (J. Marías), y los mundos de la razón vital no son eternos. Ser futurizo, utópico, el hombre vive en la incertidumbre de no saber bien quién es y proyecta con la imaginación la posibilidad de nuevos mundos en que se sienta

seguro, para completar su deficiente humanidad. La incertidumbre le motiva a idearlos y a actuar para realizarlos, hacerlos efectivos, tanto en el plano biográfico como en el colectivo. Atento a lo real, cuya perspectiva cambia con su circunstancia, no es un ser fijado para siempre sino histórico. Solo cuando la imaginación se convierte en fantasía, se desentiende de la razón histórica, desdeña la perspectiva que constituye el mundo en que vive, pierde el sentido de lo real, se extravía en la utopía y aumenta la incertidumbre.

La Historia es una caja de Pandora. Como el hombre imagina nuevas posibilidades, para salir de la incertidumbre, nunca se sabe qué ideas van a impulsarle. Los antiguos decían que dependía de la diosa Fortuna, una diosa menor, símbolo del azar, cuyos caprichos divertían a Clío. Para Maquiavelo, el cincuenta por ciento de las acciones humanas depende de ella, porcentaje que aumentaba Federico el Grande al setenta y cinco.

Locke y otros empiristas discutieron el innatismo de las ideas que sostenían la tradición platónica y el racionalismo, pues, aunque sean mimetizadas según Girard, será de un original, como las ideas que iluminaban la caverna de Platón. Para el empirismo, que parte del sentido común, las ideas se adquieren por aprendizaje o experiencia. El mismo Aristóteles decía que no hay nada en el intelecto que no haya sido adquirido por la experiencia: *nihil est in intellectu quod non prius fuerit in sensu* (no hay nada en la mente que no estuviera antes en los sentidos). Mises resuelve la cuestión desde el punto de vista que interesa al historiador afirmando que las acciones humanas son los datos últimos de la Historia y las ideas que las mueven son finalistas, apuntan a realizar fines concretos, lo que permite comprenderlas.

La Historia de las ideas se desentiende de su origen, cuestión que volvieron a plantear Carlos Marx y otros ideólogos. Estudia su evolución y sus consecuencias fácticas, teniendo en cuenta la situación en que se produjeron los hechos, el pensamiento y la mentalidad del momento. Un antecedente es la obra de Destutt de Tracy (1754-1836), *Élements d'ideologie* (1801-1815). Seguidor del sensualista Condillac (1714-1780), las ideas son para Desttut el resultado de las sensaciones que llegan a la mente procedentes del mundo exterior. No obstante, suele considerarse que la Historia de las ideas apareció como una nueva disciplina en la obra de Ludwig von Ranke (1795-1886); partiendo, influido por Schelling, de que «toda época está en relación directa con Dios», la importancia de las ideas radica en el hecho de que existen, dado que «son siempre las fuerzas del espíritu vivo las que mueven al mundo en sus goznes. Preparadas por los siglos precedentes se alzan en el tiempo oportuno, conjuradas por poderosas individualidades, de las profundidades insondables del espíritu humano». Así pues, la Historia debe escribirse «como realmente fue», es decir, atendiendo a «los hechos mismos en su comprensibilidad humana, en su unidad y en su plenitud». Ranke ponía el énfasis en las tendencias, los efectos históricos de las ideas –Marías prefería decir «trayectorias»– que, entrecruzándose e incluso contradiciéndose unas con otras, dan lugar a nuevas acciones, ideas y tendencias. Otro importante antecedente es la *Historia de las ideas estéticas* (1883) de Marcelino Menéndez Pelayo.

La Historia de las ideas se afirmó como una rama independiente con *La gran cadena del ser* (1936) de Arthur O. Lovejoy (1873-1962), fundador en 1940 del *Journal of the History of Ideas*. Metodológicamente, debe empero distinguirse con Ortega entre ideas –creencia e ideas–

ocurrencia. «No hay vida humana que no esté constituida por ciertas creencias básicas», de modo que en las creencias simplemente *se está*, no se cuestionan, pues se vive en ellas y de ellas; «no son ideas que tenemos, sino ideas que *somos,* procedentes del mundo exterior». Las creencias son el suelo, la tierra firme en que se asientan posibles ideas-ocurrencia que pueden devenir a su vez en ideas-creencia sobre las que se asientan nuevas ocurrencias, y el meollo de la tradición que informa el *êthos* (ἦθος) de los pueblos.

La Historia de la cultura es la más abarcadora, siguiéndole las de las ideas-creencia y las ideas-ocurrencia. La de las creencias se refiere fundamentalmente a las ideas que religan, las creencias sobre la vida después de la muerte, aunque se rechacen como ocurrencias lo divino, la inmortalidad o la vida eterna. Combinadas, son algo así como la Historia total o integral. La de las ideas se refiere en principio a las ideas políticas, pues lo político es el gran abarcador de la vida temporal, mientras la Historia del derecho, de la economía, el arte, la ciencia, etc. se refieren a formas específicas de la instalación del hombre en la realidad. La Historia de las creencias o de las ideas se distinguen de la del pensamiento, que tiende a prescindir del contexto.

BIBLIOGRAFÍA

Eliade, M.: *Historia de las creencias y las ideas religiosas*. Barcelona: Paidós, 1999.
Gehlen, A.: *El hombre: su naturaleza y su lugar en el mundo*. Salamanca: Sígueme, 1987.
— *Antropología filosófica: del encuentro y descubrimiento del hombre por sí mismo*. Barcelona: Paidós, 1993.
Marías, J.: *Ortega: Las trayectorias*. Madrid: Alianza, 1984.
Mises, L. von: *Teoría e historia. Una interpretación de la evolución social y económica*. Madrid: Unión Editorial, 2003.
Ortega y Gasset, J.: *Ideas y creencias* y *La idea de principio en Leibniz*, en «Obras Completas», T. V y VIII. Madrid: Alianza, 1983.
Ranke, L. von: *Sobre las épocas de la historia moderna* (1880). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015.

Dalmacio Negro Pavón
Académico de Número de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas
Catedrático de Historia de las Ideas y las Formas Políticas

VER TAMBIÉN: CIENCIA / CIENCIA POLÍTICA / FILOSOFÍA POLÍTICA / FORMAS POLÍTICAS / HISTORIA / HISTORICISMO - ESCUELA HISTÓRICA / IDEOLOGÍA / LIBERTAD POLÍTICA / POLÍTICA / TEORÍA POLÍTICA NORMATIVA

HISTORICISMO – ESCUELA HISTÓRICA

Ortega, genial y precoz catador de excelencias, la calificó de «formidable falange» capaz de «enfrentarse científicamente por primera vez con esa extraña región de la realidad que es la vida humana», y eso solo bastaría para justificar su inclusión en una obra como esta. Descalificar la Escuela Histórica tildándola de oscurantista y reaccionaria por el supuesto carácter conservador de Savigny es ignorar entre otras muchas cosas que, cuanto mayor es el talento de un pensador y eso no se le negará a Savigny, menos influye su talante en la objetividad de su pensamiento.

Es cierto que en la segunda generación de la Escuela Histórica, bien representada por Bachofen, hay textos que exageran la oposición entre «Derecho histórico y Derecho natural», título de una conferencia famosa que el citado autor pronunció en Basilea en 1841, pero sería grave error, que ciertamente Bachofen no cometió, reducir la Ilustración a Kant, conocer tan solo la primera de sus *Críticas* y de esta saber apenas los resúmenes de los manuales escolares de Historia de la Filosofía.

Sin embargo, la propia Escuela Histórica, que insistió en que nada tiene un comienzo, sino que todo se da en un proceso, fue la primera en reconocer que ella misma no exploró tierras vírgenes como reacción ante la Ilustración y su excesivo racionalismo, sino que fue un producto de la Ilustración misma, placenta del moderno historicismo. La dependencia de Savigny respecto de Gustavo Hugo y su kantismo inicial lo muestra, y así lo ha ilustrado Meinecke estudiando *La génesis del historicismo* en Inglaterra (Ferguson, Burke), Italia (Vico), Francia (Montesquieu) y Alemania (Möser y Herder).

Si, indudablemente, la Escuela Histórica del Derecho es ápice del historicismo, también es cierto que se convierte en factor de expansión del mismo a todas las ciencias humanas. Desde el propio Derecho, objeto principal de la atención de Savigny y sus inmediatos colaboradores y seguidores, a otros fenómenos sociales como es el lenguaje, con los hermanos Grimm, la Religión comparada con Müller y la Geografía comparada con Ritter.

La Escuela Histórica la funda Savigny en 1814 y se desarrolla junto con un grupo de colaboradores en la revista por él fundada (*Revista para la Ciencia del Derecho desde un punto de vista histórico*). Precisamente una revista, publicación periódica, porque la Escuela trata de huir de toda apariencia de estancamiento y quiere abrirse al futuro como la Historia que pretende estudiar. La inspiración de Savigny, que ya había aflorado en sus *Estudios sobre el derecho de la posesión*, cristaliza en *La vocación de nuestro tiempo para la jurisprudencia* (1814), la más conocida formulación de sus tesis, *La Historia del Derecho romano en la Edad Media* (1835), y en el *Sistema de Derecho romano actual,* elaborado en 1840, y una inmensa bibliografía.

Se trata de una nueva versión de lo que es el Derecho y cómo debe ser tratado. Tres son las notas de la realidad jurídica, tal como la concibe la Escuela Histórica. Primero, la *positividad* del Derecho, lo cual supone la impugnación de la noción de Derecho natural tanto en su versión católica tradicional como en la ra-

cional de estirpe reformada. Es Derecho lo que se tiene por tal en cada comunidad sociopolítica y no un superderecho radicado en una supuesta conciencia universal de los hombres. Eso no supone negar el elemento axiológico, pero los valores éticos ínsitos en el Derecho positivo no son supralegales ni extrapositivos, sino los propios de cada sociedad en cuestión. El positivismo de Savigny nunca fue el positivismo de la ley, sino el positivismo del Derecho en vigor, todo el Derecho presente, fruto del pasado.

Por eso, la segunda nota de la concepción savigniana del Derecho es su *historicidad*. En su obra de juventud *Lecciones sobre el método*, de 1803, la Historia es el instrumento del conocimiento para dar contenido a la ciencia, lo cual viene a reducirla a una serie de ejemplos *more* kantiano. A partir de la década de 1840, cuando Savigny elabora el *Sistema de Derecho romano actual*, el autor considera la Historia como el devenir del pueblo, es decir, apunta ya una versión perspectivista de la misma que anuncia la que después propugnaría Jhering.

El Derecho, como toda otra realidad cultural, se da en el devenir del proceso histórico, y, como tal, no olvida sino que acumula el pasado del que proviene, el pasado como forma de edad, diría después Dilthey, y está abierto al futuro. Y de ahí la oposición de la Escuela Histórica a los procesos codificadores que pretenden inventar un nuevo Derecho prescindiendo del pasado y congelando el presente, con lo cual se impide su progresiva adaptación a las futuras circunstancias de la sociedad. Por ello Savigny envidia la *case law* de la Inglaterra de su tiempo.

Ahora bien, y esta es la tercera nota, el sujeto de esa evolución no es el individuo, ni gobernante ni gobernado, ni príncipes ni asambleas, sino el *pueblo*, una noción que tiene antecedentes en la propia Ilustración, baste pensar en Herder, pero que Savigny y, sobre todo, su inmediato seguidor Puchta, elevan a clave de su construcción intelectual. El pueblo, al que la Escuela Histórica se refiere, no es una noción étnica basada en la comunidad de sangre, aunque ello pueda explicar su arqueología, sino una noción histórica configurada por el recorrer de las generaciones que se suceden y uniendo en consecuencia el presente con el pasado y el futuro. Así concebido, el pueblo es un todo orgánico con fuerzas y actividades espirituales específicas, esto es, como una comunidad de espíritu, o, como diría un historiador de la propia Escuela Histórica, una naturaleza a la altura de la Historia.

Para Savigny las fuentes de conocimiento del Derecho así concebido son fundamentalmente tres: a) los usos sociales, que no deben confundirse con la costumbre, cuyo *animus*, la *opinio iuris seu necessitatis,* ya revela que existe un Derecho que simplemente la costumbre da a conocer pero que no lo crea, como sí hacen los usos espontáneos de cada pueblo; b) la norma legal, que completa o esclarece el Derecho consuetudinario; y c) la doctrina de los juristas, portadores y expositores de la conciencia jurídica del pueblo. A partir de ahí, Puchta desarrolló la importancia de la doctrina superponiendo e incluso oponiendo el Derecho de los juristas al Derecho popular.

La Escuela Histórica nació de la confluencia entre romanistas como el propio Savigny y germanistas, como era el caso de Eichhorn y Gierke. Si los primeros fueron preponderantes dada la mayor y mejor elaboración doctrinal del romanismo, los historicistas nunca pudieron prescindir de reconocer la importancia del Derecho germánico en la práctica jurídica alema-

na. Nadie como Savigny elogió el Derecho germánico y propugnó su estudio. En todo caso, ambas corrientes, que siempre coincidieron en los conceptos fundamentales atrás expuestos, colaboraron lealmente al menos durante la primera década de la citada revista, como demuestran los seis primeros números de la misma. Solamente en 1825 y hasta 1828, la fugaz aparición de las *Eranias del Derecho alemán,* dirigidas por Dalwigk, anunciaron una separación ya inevitable a partir de 1839 con la aparición de la *Revista para el Derecho alemán*, mucho más hostil al romanismo, como muestran los artículos en ellas publicados por Beseler.

La evolución de ambas corrientes fue distinta. El germanismo se vinculó más estrechamente a la lucha política por la unificación alemana como muestran las asambleas de germanistas de Francfort y de Lübeck, e influyó directamente en la vida política hasta la Paulus Kirche de 1848 y en la codificación del BGB e incluso, a través del discípulo de Beseler, Hugo Preuss, en la Constitución de Weimar de 1919.

La corriente romanista derivó más hacia una construcción intelectual. En efecto, la autoridad de Savigny hizo de sus sentencias otros tantos dogmas, y así lo denunció Gierke en 1903. Las tesis de Puchta, según el cual el cometido de la ciencia del Derecho, concebido como un todo orgánico, es el conocimiento de las proposiciones jurídicas como condicionadas las unas por las otras y deducidas las unas de las otras, siguiendo así la genealogía de cada proposición hasta los primeros principios y descendiendo, después, desde estos hasta sus últimas ramificaciones, abrió la puerta a una construcción que culminó en la Jurisprudencia de Conceptos: el «palacio encantado» y frecuentemente vacío del que hablara Sohm, solamente corregida por una ulterior generación de la Escuela encabezada por Jhering y su concepción teleológica de la interpretación y construcción jurídica.

En España los textos doctrinales fundamentales de la Escuela Histórica fueron traducidos muy tardíamente en comparación con lo hecho en otros países como Inglaterra e Italia, y además se tradujeron a partir de versiones francesas no siempre íntegras. Por ejemplo, el famoso texto sobre *La vocación de nuestro tiempo para la jurisprudencia* de 1814 apareció en español traducido directamente del alemán en 1894. Además, su recepción e interpretación estuvo dificultada primero por la oposición coincidente de corrientes tan distintas como el krausismo y el ultracatolicismo, y después por la politización que de ella hizo el nacionalismo catalán.

Solamente, muy avanzado el siglo XX el profesor González Vicén hizo una exposición clara y fiel de la Escuela Histórica.

BIBLIOGRAFÍA

DILTHEY, W.: *Introducción a las Ciencias del Espíritu* (Prólogo de J. Ortega y Gasset). Madrid: Alianza, 1981.

GONZÁLEZ VICÉN, F.: «La Escuela Histórica del Derecho», *en Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 18-19 (1978-1979).

HERRERO DE MIÑÓN, M.: *Idea de los derechos históricos*. Madrid: RACMyP, 1991.

MEINECKE, F.: *El historicismo y su génesis*. México: Fondo de Cultura Económica, 1943.

SAVIGNY, F. C. von: *De la vocación de nuestro tiempo para la legislación y la jurisprudencia* (1814). Granada: Comares, 2008.

VV. AA.: *La Escuela Histórica del Derecho en sus textos [Savigny, Stammler, Eichhorn, Gierke]*. Pamplona: Anacleta, 2004.

Miguel Herrero y Rodríguez de Miñón
Académico de Número y Presidente
de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas
Consejero Permanente de Estado
Ponente Constitucional

VER TAMBIÉN: CODIFICACIÓN / COSTUMBRE JURÍDICA / FILOSOFÍA POLÍTICA / HISTORIA / HISTORIA DE LAS IDEAS / IUSNATURALISMO / JURISPRUDENCIA DE CONCEPTOS / JURISPRUDENCIA DE INTERESES Y DE VALORACIONES / MÉTODO JURÍDICO / NACIÓN Y NACIONALISMO / POSITIVISMO JURÍDICO / TEORÍA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO

IBEROAMÉRICA[1]

Sobre la base de la praxis del desarrollo económico, permítaseme ahora reflexionar sobre algunos imperativos éticos y políticos que deberá incorporar la sociedad latinoamericana en su búsqueda, afanosa y difícil, del progreso económico y la justicia social.

La región vive un auténtico proceso de transformación política, económica y social. Yo podría decir que, gracias a esos cambios, América Latina conoce hoy mejor que hace una década los códigos del crecimiento, los imperativos de la racionalidad económica y las limitaciones y oportunidades de la apertura de las fronteras económicas al resto del mundo. Pero también estamos tomando conciencia, una vez más, que el mero crecimiento económico no asegura la equidad y la justicia social, y que sin estos logros será imposible consolidar y legitimar las democracias políticas.

La conciliación entre democracia, crecimiento y equidad es la gran tarea de Iberoamérica (…). Esa conciliación no se puede lograr solamente mediante fórmulas tecnocráticas, o con nuevos liderazgos políticos. Se necesita además realizar algunas transformaciones que deberán asentarse en nuevos valores sociales, que tienen directa relación con las dimensiones éticas a las que nos venimos refiriendo.

Me voy a ocupar de algunas áreas de cambio, que requieren enfoques éticos nuevos o renovados que atiendan las siguientes necesidades:

1. abordar un enfoque integral del desarrollo económico, bajo las reglas de una nueva cultura de la solidaridad;
2. instrumentar una auténtica reforma social integral, que parta de la profunda desarticulación que subsiste en la sociedad latinoamericana y de las distancias económicas que separan a sus grupos sociales;
3. ampliar y consolidar las bases de la demanda política en nuestras sociedades, y
4. acometer una profunda reforma del Estado contemporáneo, para constituirlo en una expresión auténtica del agente tutelar del bien común.

[...]

El otro elemento de una estrategia social integrada descansa en la consideración de que el progreso social y el desarrollo económico son imposibles sin estabilidad política, amplia participación social y compromiso ciudadano. Estas condiciones no pueden darse en la situación de marginalidad en que históricamente han vivido amplios sectores de las sociedades iberoamericanas. Por eso, uno de los objetivos fundamentales de la reforma social es crear las conexiones que permitan alcanzar los consensos sociales básicos necesarios para estabilizar y profundizar la democracia, y asegurar condiciones razonables de gobernabilidad a nuestros países. Estos objetivos requieren también posiciones éticas compartidas por toda la sociedad.

Una reforma social de gran envergadura en América Latina reclama cambios polí-

1 NOTA EDITORIAL: El texto procede de una selección de párrafos del discurso pronunciado por el autor en la RACMYP, el 16 de noviembre de 1993, en la ceremonia de aceptación de su designación como Académico honorario. Téngase en cuenta la fecha para situar las referencias en su contexto.

ticos en varias dimensiones, todos ellos orientados a ampliar las bases de la democracia política para hacerla viable y estable.

El primero de ellos es la superación de distancias, conflictos y discriminaciones entre razas y culturas que coexisten en la región desde las tempranas épocas de la Conquista –hace ya cinco siglos–, a lo largo de la Colonia, y también a partir del primer siglo de vida independiente. Iberoamérica alberga pueblos indígenas, que son testimonio de la diversidad cultural pre-colombina, poblaciones negras que culturalmente tienen en común la experiencia esclavista, y grupos sociales y culturales provenientes, primero y fundamentalmente, de la Península Ibérica y, en segundo término, de todas las regiones y culturas europeas.

Iberoamérica ha sido, y sigue siendo, un crisol de poblaciones y culturas, pero un crisol de mezcla incompleta, que reclama de importantes esfuerzos para que se respeten las culturas subordinadas, para crear sociedades democráticas a base de la diversidad étnica y cultural.

No se debe al azar el que exista mayor pobreza entre quienes pertenecen a esos sectores de población discriminados, aunque sea parcialmente y por la vía de los hechos. Por eso, la mayor ambición integradora es la de superar las barreras étnico-culturales y asumir el carácter «mestizo» de América, que es una poderosa fuerza de cambio, porque las sociedades, al igual que los seres biológicos, «florecen» bajo el impulso de la diversidad.

El segundo proceso de cambio es la creación, en unos casos, y la consolidación, en otros, de la «ciudadanía social», que es base de la «ciudadanía política». El problema persiste parcialmente a fines del siglo XX. Amplios sectores de la población padecen de pobreza material y pobreza cultural, porque carecen de capital económico y cultural.

Ha resultado endeble la construcción de la democracia porque una parte de la población, en virtud de esas carencias, ha sido extremadamente dependiente del Estado y, a cambio de la protección, ha acompañado procesos políticos populistas que frecuentemente eran ineficaces para sostener el crecimiento económico y fundar los derechos humanos y cívicos, pero que hacían llegar a los pobres algunos recursos indispensables para la supervivencia de las nuevas masas urbanas.

Lograr la difusión de la ciudadanía social ha sido la meta mayor de la política y de la ética. Ello implica no solo una mejor distribución del ingreso, sino también una transformación educativa de las sociedades latinoamericanas. Aun a mediados del presente siglo estas eran dominantemente rurales y analfabetas. En las últimas cinco décadas, la población se triplicó, se volvió residente en ciudades y se alfabetizó. El escenario, en este fin de milenio, ha pasado a ser prometedor. La condición urbana ha contribuido al logro de mejores servicios sociales, de una mayor educación y también de una mayor información política. Es posible que en Iberoamérica la ciudadanía política se encuentre «avanzada» con relación a la ciudadanía social.

Por eso, el tercer proceso de cambio es de naturaleza política. La década pasada fue una «década perdida» desde el punto de vista del crecimiento económico, pero fue una «década ganada» para la democracia. En las condiciones sociales más adversas, se recuperó la democracia en ciertos países, mientras que en otros se

pasó de un modelo formal a uno real. En algunas sociedades, el sistema político dejó de ser tutelado por las fuerzas armadas o por algún otro grupo minoritario; en otras, el universo de ciudadanos se duplicó de una elección a otra, porque este derecho fue adquirido por los analfabetos, o pasó a ser practicado por una sociedad cuya «apatía política» era expresión de una histórica exclusión del ámbito de las decisiones.

En ese mismo período, los derechos humanos se incorporaron a las demandas colectivas, y la Historia mundial cambió de manera inédita. Baste recordar que en un país de la región la ciudadanía, en plebiscito de participación masiva, optó por olvidar, y decidió libremente que la democracia se construiría dejando caducar la autoridad colectiva de juzgar a los violadores de los derechos humanos. En otro país, el camino fue exactamente inverso, y se optó por juzgar y sancionar a los responsables de las violaciones de derechos. En ambos casos, se estuvo en presencia de democracias que elegían la forma de recuperación de valores.

La evolución de las sociedades democráticas occidentales se ha caracterizado por la capacidad de promover el crecimiento económico y por la simultánea vigencia de los derechos humanos, políticos y sociales. Este equilibrio y esta dinámica recíproca entre el desarrollo y la democracia no fue en el pasado el patrón dominante en Iberoamérica. Muchos regímenes privilegiaron el desarrollo económico a costa de la no vigencia de los derechos en la sociedad; otros funcionaron manteniendo crecimiento y derechos políticos sin admitir, en los hechos, los derechos sociales; unos pocos aspiraron a sostener los derechos políticos, sociales y humanos mientras asistían al derrumbe de la base económica, lo que terminó con la propia democracia.

Estas ecuaciones han pasado a ser distintas. Las sociedades siguen respaldando la democracia política y han incorporado los derechos humanos entre sus «necesidades básicas», en un momento histórico en el que la crisis del endeudamiento externo y del ajuste económico posterior hace muy difícil dar solución inmediata a las demandas de democracia social.

Esta nueva «combinación» de vigencia de derechos es una clara manifestación de la gran transformación de las sociedades: la educación dio bases para la cultura política y la interacción urbana para una mayor racionalidad en las decisiones colectivas. Por eso, el logro de la democracia tiene que ser estable en el largo plazo, lo cual implica la necesaria reforma del Estado, mediante la creación de un Estado solidario.

[...]

La capacidad de trabajar con la ciudadanía depende de la calidad de la política y de la virtud moral de los que la hacen. Hacer esa opción, en última instancia, implica elevar el contenido del diálogo político y hacer que el poder cuente menos que las ideas y los valores, que son los que pueden dar respuesta a las aspiraciones de la gente. La caída del diálogo político en la mediocridad, y su puesta al servicio por la lucha por conquistar puestos de poder, nos han alejado de esas metas. Las promesas y realizaciones que ha generado la nueva estrategia de desarrollo económico y social que están poniendo en marcha los países iberoamericanos se debe, precisamente, al surgimiento de un grupo de dirigentes políticos, empresariales y sociales más lúcidos, re-

presentativos y flexibles que antes. Pero no podemos asegurar que esta sea la regla general o que esta tendencia esté garantizada.

Enrique V. Iglesias
Académico Honorario de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas
Secretario General de la SEGIB (2005-2014)

VER TAMBIÉN: CALIDAD DEMOCRÁTICA / CONVIVENCIA / CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS / DEMOCRACIA / DIGNIDAD / ESTADO CONSTITUCIONAL / GLOBALIZACIÓN / PROGRESO / SOCIEDAD INTERNACIONAL

IDEOLOGÍA

El concepto de ideología es probablemente uno de los más complejos en las Ciencias sociales. La multitud de definiciones a lo largo de la historia así lo acredita: se ha discutido permanentemente qué se pueda entender por ideología, qué relación guarda la ideología con la Teoría política, o cuál es la relación entre la ideología y el conocimiento y la verdad.

Desde finales del siglo XVIII el término «ideología» entró en la discusión intelectual. Fue Antoine Destutt de Tracy (1754-1836), quien, en su libro *Elements d'idéologie* (1796), pretendió establecer una especie de ciencia primera que estudiara la formación, expresión y deducción de las ideas del hombre. El autor recibió la crítica y la burla de Napoleón por considerar este que se trataba en realidad de una especulación carente de aplicación práctica, conducente a la crítica de su acción política.

A mediados del XIX fueron Karl Marx y Friedrich Engels quienes, en *La ideología alemana* (1845/1846, publicada en 1932), denominaron «ideología» a una visión deformada del mundo, frente a la cual pretendían establecer un conocimiento «científico» de la historia y de la sociedad. La deformación de la realidad en la ideología era para ellos la imagen invertida que produce la lente de una cámara oscura, o en la retina del ojo humano. Y esta distorsión procede del hecho de que refleja los intereses y la perspectiva de la clase social dominante, la cual no quiere reconocer que es una clase opresora y pretende que los oprimidos acepten su opresión. La ideología es, por ello, una manifestación de poder, que sirve para disfrazar la propia explotación que ejerce la clase dominante y es un fenómeno transitorio, hasta tanto sobreviva el sistema de clases sociales que la genera. El proletariado será el enterrador de la ideología porque no la necesita, ya que es la única clase que no necesita ilusiones.

A comienzos del XX, el debate sobre la relación entre realidad e ideología (entre base y superestructura) se abrió hacia una visión no valorativa de la ideología, al entenderse las ideas como un producto de los distintos grupos humanos. Karl Mannheim, por ejemplo, trató de demostrar en *Ideología y Utopía* (1929) que las diferentes formas de conocimiento y de opiniones estaban relacionadas con grupos sociales distintos y sus posiciones: verdad y realidad estaban mezcladas. Pero pensaba al mismo tiempo que las ideologías podían ser analizadas objetivamente por intelectuales en una situación de libertad respecto a la contraposición entre ellas.

En los años treinta del siglo XX, el teórico marxista Antonio Gramsci modificó el concepto tradicional marxista de la ideología, al entender que se podía ejercer una hegemonía ideológica por una clase dominante sin considerar la ideología como un reflejo inmediato de las relaciones de producción, sino más bien como el resultado de una construcción cultural de una comunidad por intelectuales que supieran como lograr un consenso entre ideologías e intereses en conflicto.

Después de la Segunda Guerra Mundial, algunos autores empezaron a utilizar el concepto en un sentido restrictivo para referirse al fascismo, al nacionalso-

cialismo y al comunismo como ideologías totalitarias que eliminaban el debate y la crítica (Karl Popper, Hannah Arendt, entre otros). Michael Oakeshott (1962), por su parte, entendía la ideología como un sistema de pensamiento abstracto destinado a distorsionar la realidad porque no aspiraba a explicar algo que en realidad era incomprensible. Por ello identificaba la ideología como un dogmatismo separado de la complejidad del mundo real, frente a la cual proponía el *pragmatismo*, es decir, ocuparse de lo que se puede hacer, y no de lo que se debería hacer. Otro autor de procedencia marxista, Herbert Marcuse (1964), sin embargo, consideraba que la sociedad industrial capitalista había desarrollado un carácter totalitario por su capacidad ideológica para manipular el pensamiento hasta el punto de que la propia tolerancia del sistema se convertía en un instrumento de represión.

En la misma década, el sociólogo norteamericano Daniel Bell hablaba sobre el final de la ideología (1960), no en el sentido de que hubieran desaparecido, sino en el de que se había llegado a un consenso básico entre los grandes partidos políticos de los sistemas democráticos, con lo que se había dado fin al debate ideológico. El filósofo francés Louis Althusser, por el contrario, afirmaba con rotundidad la presencia y relevancia de la ideología, pues consideraba que el hombre es un «animal ideológico por excelencia, ya que no puede desarrollar ninguna práctica concreta sin una ideología». La define como la representación que se hacen los hombres de su relación imaginaria con su mundo real y afirma que las ideologías solo existen y se desarrollan en «aparatos ideológicos», que existen materialmente en la sociedad y en los que se prescriben las prácticas y sus «rituales» (aparatos religiosos, escolares, políticos, etc…).

Casi al final del siglo xx, el libro de Francis Fukuyama *El fin de la Historia* llegaba a la conclusión de que, tras el colapso del comunismo en 1989, había finalizado la Historia de las ideas y el debate ideológico fundamental, pues el liberalismo occidental había triunfado sobre sus rivales, lo cual no quería decir que las ideas políticas se hubieran convertido en irrelevantes, sino que el capitalismo industrial ofrecía una movilidad social y una seguridad para todos, con lo que podía llegarse a un acuerdo sobre lo que es la «sociedad buena».

Este breve recorrido muestra que han sido múltiples las definiciones y las funciones asignadas a la ideología. Pero, intentando encontrar algo común, cabría afirmar que contienen un conjunto de ingredientes de distinta naturaleza relativos a la sociedad actual, a una propuesta de futuro y a un plan de acción para realizar esa propuesta. Se podrían destacar en esta combinación de elementos algunas características compartidas, como las siguientes: la imagen que ofrecen del mundo, del pasado y del futuro de la sociedad, es una imagen simplificadora de la enorme complejidad de la realidad. En esa simplificación, las ideologías suelen mostrar una perspectiva bipolar del mundo, que aplican a todos los aspectos integrados en su sistema (la interpretación del pasado, la caracterización del presente y del futuro, las medidas que se quieren aplicar y el tipo de ser humano a que se aspira). Es decir, la ideología, en esta simplificación de la complejidad, opera con estereotipos, que, por otra parte, cumplen una función de integración o cohesión de grupos humanos grandes. Los conceptos políticos que son integrados en las ideologías

son presentados y utilizados desposeídos de su carácter controvertido o polémico, es decir, son convertidos en principios irreductibles y distintivos de la propia identidad ideológica. Coherente con lo anterior, el lenguaje de la ideología opera con «fórmulas vacías», que, sin dar conocimiento de la realidad, tienen la posibilidad de ser rellenadas de manera oportuna, resultando por tanto adaptables y funcionales. Asimismo, suelen disfrazar sus juicios de valor como si fueran enunciados de conocimiento objetivo, haciendo en definitiva una labor de ocultamiento para llegar así a un público más amplio.

Veamos ahora algunas consideraciones sobre el análisis de las ideologías. Las aportaciones de Michael Freeden (2013) han sido considerables a este respecto, pues propone hacer una morfología de las ideologías, en la que se puedan establecer sus núcleos centrales (irrenunciables) y sus puntos periféricos, su proximidad o alejamiento con otras ideologías, y los distintos estratos de pensamiento y prácticas acumulados a lo largo de su desarrollo. También el método de la Historia de los conceptos, de Reinhart Koselleck, puede hacer una gran contribución a su análisis, pues la *Begriffsgeschichte* rastrea los distintos usos y cambios de los siempre controvertidos y polémicos conceptos políticos fundamentales, desde los cuales puede observarse cómo las ideologías se constituyen en sistemas que absolutizan los conceptos y los despojan de su carácter polémico. Y, finalmente, cabe analizar las ideologías sin hacer a su vez ideología, si se toman en consideración como fenómenos sociales que son susceptibles de ser analizados como otros fenómenos sociales, es decir, averiguando su coherencia lógica interna, sus causas y consecuencias, sin necesidad de emitir juicios de valor en este proceso de análisis, tal como propone Max Weber en sus escritos metodológicos.

BIBLIOGRAFÍA

Althusser, L.: *Ideología y aparatos ideológicos del Estado*. Bogotá: Ediciones los Comuneros, 1974.

Arendt, H.: *Los orígenes del totalitarismo*. Madrid: Alianza, 2006.

Bell, D.: *El final de la ideología*. Madrid: Alianza, 2015.

Destutt de Tracy, A.: *Éléments d'Idéologie*. Paris: Didot, 1804-15.

Fernández de la Mora, G.: *El crepúsculo de las ideologías*. Madrid: Rialp, 1965.

Freeden, M.: *Ideología. Una breve introducción*. Santander: Universidad de Cantabria, 2013.

— *Ideologies and Political Theory. A Conceptual approach*. Oxford: Oxford University Press, 1996.

Fukuyama, F.: *El fin de la historia y el último hombre*. Barcelona: Planeta, 1992.

Gramsci, A.: *Cuadernos de la cárcel*. México: Era, 1981. 6 vol.

Koselleck, R.: *Historias de conceptos. Estudios sobre semántica y pragmática del lenguaje político y social*. Madrid: Trotta, 2012.

Mannheim, K.: *Ideología y utopía. Introducción a la Sociología del conocimiento*. México: FCE, 2019.

Marcuse, H.: *El hombre unidimensional*. Barcelona: Ariel, 2010.

Marx, K. y Engels, F.: *La ideología alemana*. Madrid: Akal, 2014.

Oakeshott, M.: *El racionalismo en política y otros ensayos*. México: FCE, 2000.

Popper, K. R.: *La sociedad abierta y sus enemigos*. Barcelona: Paidós, 2017.
Weber, M., *Por qué no se deben hacer juicios de valor en la Sociología y en la Economía*. Madrid: Alianza, 2010.

Joaquín Abellán
Catedrático Emérito de Ciencia Política
Universidad Complutense

VER TAMBIÉN: ANARQUISMO / COMUNISMO / COMUNITARISMO / CONSERVADURISMO / ECOLOGISMO / FASCISMO / FEDERALISMO / FEMINISMO / FILOSOFÍA POLÍTICA / HISTORIA DE LAS IDEAS / IZQUIERDA POLÍTICA / LIBERALISMO / REPUBLICANISMO CÍVICO / TEORÍA POLÍTICA NORMATIVA / TOTALITARISMO

INTEGRACIÓN EUROPEA

Para entender qué significa la integración europea me parece oportuno responder a tres preguntas: por qué se hace, cómo se hace y cómo se debería hacer. Tendríamos así una explicación de sus causas, de sus métodos y de sus insuficiencias.

Comencemos por el principio. No hay en la historia de la humanidad un precedente de Estados soberanos que hayan mancomunado hasta este punto sus respectivas soberanías para embarcarse en una empresa común. ¿Cuál es la razón de que lo hicieran? La fundamental es que esos Estados, a la salida de la Segunda Guerra Mundial, se vieron incapaces de proporcionar a sus poblaciones una serie de bienes públicos (fundamentalmente la paz, pero también la prosperidad). De alguna manera podría decirse que en virtud del proceso de integración los Estados intercambian soberanía por poder, es decir, que renuncian a la prerrogativa de exclusividad o primacía para recuperar, en una lógica de cooperación y recursos compartidos, capacidad real de actuación. O, dicho de otra manera, prefieren perder parte de su soberanía formal para obtener una cierta soberanía real.

Se ha denunciado con frecuencia el hecho de que el proceso de integración europea haya ocasionado problemas de legitimación democrática dentro de los Estados nacionales, pero apenas se subraya que la integración respondía a determinados problemas de legitimación democrática que los Estados miembros *ya tenían* (y que en buena medida siguen teniendo, incluso amplificados), incapaces por ellos mismos de garantizar ciertos bienes comunes que la ciudadanía de una comunidad democrática tiene derecho a esperar. Esa *boutade* de afirmar que «la UE no sería aceptada en la UE» por no cumplir los estándares democráticos exigidos tiene tan poco sentido como afirmar que los actuales Estados deberían ser considerados inconstitucionales por no cumplir las condiciones de una estatalidad soberana organizada. Reconozcamos que ambos planos tienen un problema de gobernanza democrática: los Estados *ya no* satisfacen nuestras expectativas y la Unión *todavía no* las satisface.

Continuemos preguntándonos por el modo como se ha hecho la integración. El método Monnet de la integración burocrática ha sido mecánico y furtivo, dominado por la necesidad. Los principales impulsores de la integración, a derecha e izquierda, se han regido por un crudo determinismo que suponía que tras el desarrollo económico se seguirían inevitablemente las deseadas mejoras institucionales. Todo esto ha dado lugar a un incrementalismo sin decisiones explícitas. La Europa del «consenso permisivo» no era democrática porque buena parte de sus instituciones con mayor autonomía –como la gobernanza bancaria, los tribunales de justicia o las agencias regulatorias– tienen un alto componente de independencia y delegación, están especialmente protegidas frente a la protesta y menos abiertas a la participación.

En la época dorada de la integración la imagen de una Europa técnica y lejana no implicaba ningún reproche sino una neutra constatación e incluso algo expresamente pretendido para obtener los objetivos de la integración. No era necesario contar con el soporte explícito de la ciudadanía porque los asuntos de la inte-

gración parecían no incumbirles ni resultarles comprensibles. El proceso de integración europea está marcado desde su comienzo por una concepción aristocrática. Hay una explicación general de este elitismo: las uniones de Estados son siempre el resultado de decisiones de las élites y la UE no ha sido una excepción a este respecto. Las razones concretas de ese elitismo son, al menos tres: en primer lugar, tras la experiencia del nazismo y la Segunda Guerra Mundial, los impulsores de la integración europea sospechaban por principio de la idea de soberanía popular; este es el motivo por el que la Unión ha tenido siempre una arquitectura que limitaba las soberanías populares. En segundo lugar, esos mismos fundadores tenían una gran desconfianza en la rivalidad y los conflictos ideológicos y una profunda fe en el liderazgo de la planificación tecnocrática a la hora de hacer avanzar la cooperación internacional. Y, en tercer lugar, la agenda de cuestiones que iban a ser objeto de la integración recogía un conjunto de temas muy alejados de los intereses cotidianos de la ciudadanía y sin relevancia electoral o capacidad de movilización política.

Pero esta no es nuestra situación. Las sociedades tienen una configuración muy distinta de la que presentaban tras la experiencia totalitaria, la confianza en la técnica es menor y los temas sobre los que se toman las decisiones tienen una incidencia inmediata en la vida cotidiana de los ciudadanos. Todas estas circunstancias explican que se hayan incrementado las exigencias de relegitimación, que haya más objetos de legitimación que deben ser atendidos que en el pasado. Europa sigue teniendo una dimensión de delegación, por supuesto, pero no puede funcionar sin un mayor consentimiento democrático expreso. Ya no es verdad que los asuntos supranacionales carezcan de relevancia política.

El futuro de la integración pasa por la incorporación de su ciudadanía como principal recurso de integración, aunque tras el fracaso de la experiencia constitucional, la crisis económica y el Brexit parece evidente que su apoyo debe procurarse de una manera original, poniendo en juego toda la complejidad de su representación, más allá de la lógica plebiscitaria.

El problema al que nos enfrentamos es que, de hecho, Europa es un asunto de las élites; la nación, de los que se sienten amenazados (Richard Münch). La integración europea es un proyecto mejor entendido y apoyado por las capas altas de la sociedad que por los sectores populares, que tienen más que temer de la globalización y se sienten desprotegidos fuera del Estado nacional. Esto no puede seguir así por mucho tiempo sin amenazar la cohesión europea. La contraposición entre electorados nacionalizados y políticas burocráticamente decisivas es letal para la Unión Europea. Es inconcebible una política democrática en el siglo XXI sin el respaldo explícito de sus poblaciones, aunque tampoco pueden tomarse las decisiones estratégicas sin una visión que implique liderazgo institucional y efectividad de las políticas públicas. Este va a ser uno de nuestros principales debates a la hora de resolver la crisis europea.

Propongo para ello una nueva perspectiva y narrativa. Si hablamos de integración ponemos en el centro del debate a los Estados; hablemos de objetivos comunes, de problemas y proyectos compartidos y comparecerá una mayor pluralidad de actores (ciudades, redes, regiones, sociedades civiles…) y el nivel adecuado de decisión o el grado de integración necesaria quedará subordinado a la naturaleza del asunto de que se trate. El eje del debate dejará de ser el que enfrenta a intergubernamentalistas y federalistas. Europa

no es una articulación de Estados ni una entidad que terminará propiamente el proceso de integración que la convierta en un Estado. Lo más interesante del proyecto europeo es que representa un experimento singular para ensayar el modo de realizar los valores democráticos en espacios que han dejado de ser una yuxtaposición de Estados soberanos y donde debemos aprender a gobernar las nuevas lógicas de la interdependencia.

Buena parte de los problemas de gobernanza legítima en la Unión Europea no se deben a una inadecuada aplicación de los principios democráticos sino a una insuficiente conceptualización de la complejidad del ámbito en el que dicha democracia transnacional tiene que realizarse. Por eso quisiera concluir afirmando que para superar esas deficiencias lo mejor es reformular el ideal democrático mismo, no para rebajar sus exigencias a la vista de las actuales dificultades sino para plantearlo de manera que no resulte incompatible con la complejidad del proyecto europeo.

La crisis del coronavirus ha irrumpido en una Europa desprevenida y cacofónica, con unas instituciones comunes sin apenas competencias en materia de salud. Las primeras reacciones fueron o muy lentas o muy desafortunadas. Los Estados miembros cierran sus fronteras y vuelven a hacer política nacional, pretendiendo con ello algo que podrían haber conseguido mejor coordinando las acciones. El virus parecía a punto de liquidar la misma idea europea.

Durante la crisis de las deudas soberanas la zona euro se dotó de nuevos instrumentos, especialmente el Mecanismo Europeo de Estabilidad, cuyos estatutos establecen que los préstamos no pueden ser concedidos si los países que los reciben no se comprometen a corregir los errores que les han obligado a demandar la ayuda. Ahora la causa es una epidemia, no un endeudamiento excesivo, por lo que esta disposición carece de sentido. Para que este procedimiento sea útil debe ignorarse dicha cláusula, lo que exige un acuerdo político. Invocar el «riesgo moral» no tiene sentido porque no es una crisis de deuda sino una crisis sanitaria, más simétrica que la de 2010. Y no parece que los mercados financieros vayan a poner a prueba al BCE con la misma tenacidad que en 2010-2012. El Mecanismo Europeo de Estabilidad sería de este modo una forma indirecta de mutualización de la deuda y riesgo compartido.

Si la respuesta que la Unión dio a la crisis económica de 2008-2009 (y la crisis posterior del euro) incrementó la desafección ciudadana, fortaleció la dimensión intergubernamental frente a la federal y puso en peligro la integración, la solución negociada para la pandemia de 2020 parece haber surgido tras una reflexión muy diferente, que da más valor a las amenazas comunes que a las responsabilidades diferenciadas. El modo como se concreten estos mecanismos de solidaridad determinará en buena medida el futuro de la integración europea, pero ya puede adelantarse que la ha impulsado en una doble medida al menos: en cuanto ha mancomunado la gestión de un cierto tipo de riesgos y porque ha puesto en marcha un debate que previsiblemente concluirá institucionalizando algún organismo común con mayores competencias para las políticas en materia de salud.

Cada crisis nos hace descubrir que Europa no está suficientemente equipada para hacerle frente. Seguro que esta crisis se salda con innovaciones en materia de instituciones comunitarias para la sanidad y fórmulas de crédito muy diferentes de las establecidas para resolver la anterior crisis financiera.

BIBLIOGRAFÍA

DEHOUSSE, R.: *La fin de l'Europe*. Paris: Flammarion, 2005.

FABBRINI, S.: *Compound Democracies. Why the United States and Europe are becoming similar*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

GIDDENS, A.: *Turbulent and mighty continent. What future for Europe?* Oxford: Polity Press, 2013.

HABERMAS, J.: *Zur Verfassung Europas. Ein Essay.* Berlin: Suhrkamp, 2012.

INNERARITY, D.: *La democracia en Europa*. Barcelona: Galaxia-Gutenberg, 2017. (trad. inglesa: *Democracy in Europe. A Political Philosophy of the European Union,* Oxford: Palgrave MacMillan, 2018).

ZIELONKA, J.: *Is the EU doomed?* New York: John Wiley, 2014.

Daniel INNERARITY
Catedrático de Filosofía Política e investigador Ikerbasque
Universidad del País Vasco
Profesor en el Instituto Europeo de Florencia

VER TAMBIÉN: ACERVO DE LA UNIÓN EUROPEA / COMISIÓN EUROPEA / CONSTITUCIÓN EUROPEA (PROYECTO) / GLOBALIZACIÓN / **PANDEMIA: PERSPECTIVA INTERNACIONAL** / **PANDEMIA: PERSPECTIVA POLÍTICA** / PARLAMENTO EUROPEO / SOBERANÍA / SOCIEDAD INTERNACIONAL / UNIÓN EUROPEA

INTEGRACIÓN POLÍTICA

Integración procede del verbo integrar; según el DRAE, «dicho de cada una de las partes de un todo: que entra en su composición». La política es un proceso de integración de individuos y de grupos que al formar un todo con ellos alcanza un distinto grado vital. La integración puede hacerse frente a un tercero, como, a juicio de Schmitt, es esencia de la política integrar frente a un enemigo, o desde niveles inferiores a un nivel superior, según afirma Aristóteles y la corriente de pensamiento que de él procede. Como dice la Constitución de los Estados Unidos: *ex pluribus unum*.

¿En qué consiste la integración política? En la concreción en una determinada encarnadura histórica, el Estado, cada Estado, nuestro Estado, del grande y misterioso existencial heideggeriano que es el vivir-con-los-otros, capaz por su intensidad de vivir-para-los-otros hasta a llegar a morir-por-los-otros. Las guerras y en general las empresas exteriores cuando son victorias fomentan la integración política.

En su virtud funciona el aparato estatal. Esto es, se elaboran, sancionan y promulgan leyes, se celebran tratados, actúa la Administración y los tribunales dictan sentencias ¡Con sobrada razón ha podido decirse que el Estado moderno y, muy especialmente, el Estado constitucional es una obra de arte! Pero es claro que el Estado que la Constitución organiza no es solamente una máquina que emana normas, sentencias y actos administrativos. Es algo más, y ese más es lo que justifica y legitima su actividad. El Estado legisla, administra, desde la reglamentación a la coacción pasando por la prestación, y hace justicia porque es un proceso de integración de un cuerpo político que da sentido a tales actividades y la Constitución es la versión jurídica de tal integración.

Javier Conde distinguió dos vías para la integración política a la altura de nuestro tiempo, la totalización y la constitucionalización, a partir de los tres órdenes de convivencia que definió como fundamento de su análisis político: el orden de dominación, que explica la relación entre gobernantes y gobernados; el orden por concurrencia, que explica la libertad económica, social y política; el orden por comunión, que legitima la dominación y enmarca la concurrencia. Son elementos sentimentales y afectivos los que amalgaman esta concurrencia que transforma la sociedad en comunidad, pero es evidente que tales sentimientos no son arbitrarios y surgen de la nada. Juega aquí lo que Gaston Bachelard denominó la «solicitación semántica de la materia». Cuando hay una serie de elementos comunes, los factores de integración, a los que después me referiré, surgen tales sentimientos.

La forma política constituida exclusivamente sobre el primero, el orden por dominación, explica el Estado autoritario. Cuando la dominación es suficientemente intensa como para imponer un orden por comunión surge el Estado totalitario. La constitucionalización como alternativa es la que articula dominación y legitimación con un orden por concurrencia. Esta es la tesis acuñada principalmente por Rudolf Smend, en su obra *Constitución y Derecho Constitucional* de 1927.

¿Cuáles son los elementos integradores que Smend denominó factores de inte-

gración del cuerpo político y que contribuyen decisivamente a determinar su identidad, un valor hoy en alza en el constitucionalismo comparado? Este autor, que prestó especial atención a los elementos axiológicos de la Constitución, distinguió tres grandes tipos de factores de integración: los simbólicos, los materiales y los formales, sin perjuicio de que todos ellos, y no solo los primeros, generan un halo de simbolismo, entendiendo por tal aquello que permite intuir cuando no descubrir y, en todo caso, elevarse a un plano de la realidad que no es inmediatamente perceptible, como no lo es la comunidad política.

Entre los factores simbólicos cabe destacar los vexicológicos (banderas y estandartes), los heráldicos, pero también los institucionales, como es el caso de la Jefatura del Estado, especial, aunque no únicamente, en las Monarquías. Cuando las antiguas democracias populares han recuperado su soberanía e identidad nacional han puesto el acento en la Jefatura del Estado que por influencia soviética todas, menos Checoslovaquia, habían eliminado y en el caso de Polonia el Senado, símbolo de la continuidad histórica con la primera y segunda República polaca.

Entre los factores materiales hay que destacar fundamentalmente el territorio, la o las lenguas, la religión, que aún hoy contribuye a la identificación en numerosas Constituciones vigentes con independencia de la secularización de la sociedad y los valores fundamentales de su organización política, hoy también los derechos humanos y en muchos casos la democracia liberal, como en el constitucionalismo comunista lo fueron los valores marxistas.

Y los factores formales, cauces operativos de la integración, como es el caso de la participación federal en los órganos federales y de las elecciones democráticas y hoy, progresivamente, las políticas de reconocimiento de minorías tanto étnicas como sociales, de manera que la comunidad global aparezca como función de ellas. Así queda claro en recientes Constituciones como la polaca o la reforma constitucional de Noruega.

Ello supone que la integración no es global, tiene sus límites, y dentro de esos límites es evidente que ello exige no suprimir a los otros. Por ello la verdadera integración, si reconduce lo diverso a una forma superior de unidad, no lo uniforma. La diversidad integrada sobrevive en el producto integrado. En el caso español, es claro que la Constitución opta por un pluralismo que no solo es el político mencionado en el artículo 1.1 sino lo que es fundamento de aquel, un pluralismo social. La Constitución, al optar por reconocerlo y consagrarlo, atiende a una doble meta: por un lado, a vertebrar la sociedad, por otro, a integrarla políticamente. Lo primero es especialmente importante en un mundo globalizado y liberalizado, donde lo que Karl Popper llamó «sociedad abierta» amenaza convertirse en lo que el mismo autor denominó «sociedad abstracta». Y nuestra Constitución, al reconocer los partidos políticos (art. 6), las organizaciones sindicales y patronales (art. 7), las confesiones religiosas (art. 16), la pluralidad de medios informativos (art. 20), la libertad de creación de centros docentes y la autonomía de las universidades (art. 27), el derecho de fundación (art. 34), los colegios profesionales (art. 36), la libertad de empresa (art. 38), las instituciones profesionales (art. 52), las autonomías locales (art. 140), etcétera, hace una opción profundamente proinstitucional.

BIBLIOGRAFÍA

CONDE, F. J.: *Escritos y fragmentos políticos*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1974. 2 vol.

HERRERO DE MIÑÓN, M.: *El valor de la Constitución*. Barcelona: Crítica, 2003.

LUCAS VERDÚ, P.: *La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar. La teoría constitucional de R. Smend*. Madrid: Tecnos, 1987.

SMEND, R.: *Constitución y Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

SMEND, R.; KELSEN, H.: *La controversia Smend-Kelsen sobre la integración en la Constitución y el Estado durante la República de Weimar*. Madrid: Tecnos, 2019.

Miguel HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN
Académico de Número y Presidente
de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas
Consejero Permanente de Estado
Ponente Constitucional

VER TAMBIÉN: CALIDAD DEMOCRÁTICA / CONSTITUCIÓN / CULTURA POLÍTICA / DEMOCRACIA / ESTADO / ESTADO CONSTITUCIONAL / INTEGRACIÓN EUROPEA / MULTICULTURALIDAD / PRINCIPIOS Y VALORES CONSTITUCIONALES / SÍMBOLOS POLÍTICOS / TRANSICIÓN POLÍTICA

IZQUIERDA POLÍTICA

Por izquierda política se suele entender un amplio abanico de partidos y movimientos sociales que van desde el anarquismo hasta el liberalismo igualitario, desde la socialdemocracia al comunismo, desde posiciones revolucionarias a posiciones gradualistas y reformistas, o desde la defensa de la democracia directa hasta la defensa de la democracia representativa y deliberativa de matriz liberal-republicana. En la izquierda se sitúan movimientos terroristas y movimientos pacifistas defensores de los derechos humanos. De izquierdas se reclaman partidos de gobierno de países con regímenes dictatoriales, populistas autoritarios, o Repúblicas y Monarquías constitucionales. De izquierdas se considera a Xi Jinping, el actual presidente chino, y de izquierdas se considera a Barak Obama, el expresidente norteamericano. De izquierdas era Ernesto *Che* Guevara, asesinado en 1967 mientras trataba de impulsar la guerrilla revolucionaria en Bolivia, y de izquierdas era también Tage Erlander, por esas mismas fechas primer ministro de un gobierno socialdemócrata en Suecia.

Las diferencias entre las distintas posiciones de izquierdas pueden ser de valores, de objetivos o de método, y en no pocas ocasiones a lo largo de los dos últimos siglos esas diferencias han dado lugar a conflictos entre las distintas fuerzas políticas de izquierdas que han resultado tan intensos como el existente entre estas y la derecha política. Se puede afirmar que todas las fuerzas políticas y que todos los líderes a los que nos hemos referido hasta ahora tienen algo en común, pero resulta mucho más difícil definir en qué consiste exactamente eso que comparten entre todos ellos y que los distingue de la derecha política. Como ocurre con otros conceptos, el significado del término izquierda política nos parece evidente hasta que tratamos de definirlo.

En realidad, lo mismo podría decirse de la derecha política: de derechas eran Adolf Hitler y Winston Churchill, Franco y De Gaulle, y también aquí el término hace referencia a realidades muy diferentes que resulta poco práctico unificar bajo un mismo nombre. Por lo demás, los términos izquierda y derecha son tan controvertidos como extensamente usados en las ciencias sociales y en la política práctica. Desde hace muchas décadas, filósofos y científicos sociales llevan discutiendo, y con razón, sobre el contenido de ambos conceptos. Lo paradójico es que mientras los teóricos discutían, y siguen discutiendo, la mayoría de la población no ha tenido, ni tiene, dificultad para identificarse con uno de ambos términos. De hecho, la mayor parte de las personas es capaz de situarse en alguna de las posiciones de la escala izquierda-derecha que usan sociólogos y politólogos, y que va del 0 al 10, siendo el 0 la extrema izquierda y el 10 la extrema derecha.

En la encuesta preelectoral realizada por el Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS), el principal centro de investigación social y política de España, en octubre de 2019, solo el 8% de la población entrevistada no sabía situarse en la escala de izquierda-derecha. En la primera observación de la serie del CIS, correspondiente al año 1983, el porcentaje de población que no sabía dónde situarse era del 14%. Desde los primeros años de la democracia casi el 90% de la población no ha tenido dificultad en utilizar un ins-

trumento tan abstracto y elemental como es el eje izquierda-derecha para definir algo tan complejo y multidimensional como su identidad política.

De igual modo que hablamos de partidos o personas más de izquierdas o derechas, podemos hablar de países o sociedades. En el Estudio Internacional de Valores de 2019, que analiza la opinión pública de los cinco países europeos con mayor población, a saber, Alemania, Francia, España, Italia y Reino Unido, encontramos que España es la sociedad que se sitúa políticamente más a la izquierda, con un 4,4 en una escala del 0 al 10, en la que el 0 es la extrema izquierda y el 10 la extrema derecha, seguida de Francia y Alemania, ambas con una media de 4,8, Reino Unido, con un 4,9 y, finalmente, Italia que con un 5,5 sería la sociedad situada más a la derecha entre los grandes países europeos.

En general, la posición ideológica de las sociedades suele permanecer bastante estable en el tiempo. En el caso de la sociedad española, según la escala de izquierda-derecha que usa el CIS, y que va del 1 al 10, la posición media en el año 1985 era 4,6 y en 2018 también era 4,6. El mayor desplazamiento a la derecha se produjo en el año 2000, en el que la media ideológica de los españoles estuvo en un 4,9. No solo en la escala ideológica, también en el voto se pueden encontrar grandes regularidades a lo largo del tiempo. Agrupando a los partidos por bloques ideológicos, los resultados de la izquierda y la derecha en las elecciones de 1936 y de 1977 fueron muy parecidos, y eso a pesar de que hubo una guerra civil y una larga dictadura por medio. Del mismo modo ocurre si comparamos los resultados de las primeras elecciones de la democracia en 1977 con las últimas celebradas en 2019. La persistencia de esta división en las distintas sociedades a lo largo del tiempo ha llevado a algunos investigadores en neurociencia a buscar explicaciones sobre las diferencias ideológicas en el sustrato biológico de los seres humanos. En todo caso, es evidente que los valores de la sociedad española han cambiado de manera notable a lo largo de las últimas décadas, tanto en la izquierda como en la derecha, y, sin embargo, la posición de la sociedad en la escala es la misma, e incluso las preferencias electorales entre la derecha y la izquierda se han mantenido parecidas a lo largo del tiempo.

El empeño teórico en la traducción de cada posición de esa escala, o incluso de sus términos principales, a principios políticos y valores cívicos claros e inmutables no ha tenido mucho éxito. Con todo, cuando se ha preguntado en los últimos años a la sociedad española por los valores que se asocian a la izquierda política la respuesta ha sido que «igualdad, derechos humanos, libertad individual, progreso, solidaridad, idealismo y tolerancia», en tanto la mayoría de las personas identifican con la derecha las ideas de «tradición» y «orden». Quizá uno de los autores que más éxito ha tenido, si no en el empeño de discernir la esencia de la dicotomía izquierda-derecha, sí en la aceptación pública de su propuesta de distinción, ha sido Norberto Bobbio. En su opinión lo que diferencia a la izquierda de la derecha es la mayor sensibilidad ante la desigualdad de la primera. Sin embargo, la tesis de Bobbio no deja de ser controvertida, porque la igualdad, más que un fin, es un instrumento, o una condición, para alcanzar un bien más importante. Y, en términos políticos, el bien más importante es la libertad. El ideal de la izquierda es un ideal de emancipación. La igualdad que persigue la izquierda, desde sus comienzos, como ha explicado Pierre Rosanvallon, es la *igual libertad*. La izquierda que exige la entre-

ga de la libertad individual a cambio de la garantía del bienestar material no es izquierda. Ganar la supervivencia material al precio de la libertad es un sinsentido que, citando a Juvenal, el propio Marx denunció en su *Miseria de la Filosofía*: «Y por conservar la vida, perder las razones para vivir».

Quizá una forma productiva de abordar la indagación sobre el significado de los términos derecha e izquierda es remontarnos a sus orígenes, es decir, al debate en 1789 en la Asamblea Nacional constituyente francesa, sobre si el Rey debía tener, o no, poder de veto sobre las leyes del Parlamento. Los diputados favorables al poder de veto del Rey se situaron a la derecha de la presidencia de la Asamblea y los contrarios a la izquierda. De modo que esa primera división, más que con la propiedad, el mercado, o la desigualdad social, tiene que ver con el sometimiento, o no, a un poder absoluto y arbitrario, es decir, tiene que ver con la libertad como elemento esencial de la dignidad y la felicidad humanas. La igual libertad es el ideal que inspira las políticas sociales y las políticas de ampliación de derechos políticos y civiles; tan de izquierdas es la ayuda a las personas dependientes como la defensa de los derechos de las personas homosexuales, y por la misma razón.

BIBLIOGRAFÍA

Bobbio, N.: *Derecha e izquierda. Razones y significados de una distinción política*. Madrid: Taurus, 1995.

Véase también las bibliografías correspondientes a las voces «Socialismo», «Comunismo» y «Anarquismo».

José Andrés Torres Mora
Profesor Titular de Sociología de la Universidad Complutense
Presidente de Acción Cultural Española
Ex Diputado

VER TAMBIÉN: ANARQUISMO / COMUNISMO / DERECHOS SOCIALES / ESTADO SOCIAL / IDEOLOGÍAS / LIBERALISMO / MULTICULTURALIDAD / POPULISMO / REPUBLICANISMO CÍVICO / SOCIALISMO

LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA

En el Estado constitucional contemporáneo, la legitimidad democrática tiene su fundamento en el principio y la regla de las mayorías. El término «mayoría» es un término esencialmente matemático y relacional que comporta necesariamente el de «minoría». Predicado de conjuntos de individuos que componen comunidades políticas, al menos el primero de ellos, «mayoría», y normalmente también el segundo, «minoría», devienen en términos sociológicos que requieren necesariamente de elementos (etnia, sexo, religión, lengua, carácter, historia, cultura, economía, etc.) comunes en suficiente medida a la mayor parte de los individuos de un colectivo poblacional delimitado (típicamente, por su residencia en un concreto territorio), frente a la ausencia de tales elementos, o al menos a su no presencia en suficiente medida, en los restantes integrantes de ese colectivo, que, sin embargo, pueden tener a su vez otros elementos comunes entre ellos, conformando en consecuencia «minorías».

Calificar de mayoritaria una parte del colectivo poblacional por relación a otra u otras partes, presupone una connotación de ventaja por el mero hecho de ser numéricamente superior a otro u otros minoritarios; aunque, como muestra la experiencia, las minorías pueden ostentar la superioridad económica, la intelectual, la de los recursos de fuerza (militares, policiales), la religiosa en su caso, etc. Lo que hace disponer de una posición superior a la mayoría respecto de las minorías no es el número más elevado de sus integrantes, sino el hecho de que constituya el sustrato del poder en el todo que comprende a la mayoría y a las minorías, propiciando que dicho poder se ejerza conforme a los postulados más generalmente compartidos por tal grupo mayoritario. Esta concepción dota al término «mayoría» de una acepción jurídico-política, vale decir, de una acepción constitucional, en tanto en cuanto es en la Constitución en la que una comunidad política fija los valores, principios y reglas fundamentales que la rigen. Cuando la comunidad política se constituye en un sistema democrático, esa noción de mayoría deviene esencial, al punto de que es habitual identificar la democracia con el «gobierno de la mayoría».

En este contexto de sistema democrático, la mayoría constituye simultáneamente un principio y una regla. Como lo primero, designa la conversión de la voluntad expresada por la mayoría en voluntad de la comunidad política toda, reduciendo a unidad la pluralidad de todos los integrantes de ella cualquiera sea el grupo, mayoritario o minoritario, al que pertenezcan. Es, pues, un principio de legitimación de las decisiones adoptadas, legitimación fundada en la igualdad del parecer que, cuando les es requerido, emiten todos los integrantes de una comunidad política democrática.

Como lo segundo, es decir, como regla, y dando por sentada la imposibilidad de la unanimidad, la mayoría permite resolver de la manera menos discutible y más ágil, en suma, más efectiva, la inevitable diferencia de pareceres en el seno de una comunidad a la hora de adoptar una determinación; por tanto, es una regla de decisión (en sentido amplio: de resoluciones, de elección de representantes o gobernantes, etc.). El dato esencial de la correcta operatividad de la mayoría como regla (cuya relación inextricable

con su condición de principio de legitimación resulta por demás evidente) es el procedimiento, puesto que este ha de asegurar que la que aparece como voluntad de la mayoría es realmente tal y no la consecuencia de acciones (ocultación de datos, mensajes sesgados o equívocos, informaciones interesadas; en suma, desinformación) deliberadamente dirigidas a mistificarla.

La diferencia entre la mayoría como regla de decisión y como principio de legitimación se advierte cuando se constata que, en cuanto regla, es un método para adoptar determinaciones; pero que, resultando obvio que el criterio de la mayoría no tiene por qué ser un (o el) criterio correcto, la mayoría como principio garantiza la legitimidad de la decisión adoptada, por errónea que pudiere ser, pero que, como resultado del número superior de voluntades que la ha apoyado, se convierte en decisión imputable a toda la comunidad política, incluidos aquellos que tuvieron por evidente desde siempre que la decisión tomada sería desacertada, los cuales vienen obligados a someterse a la decisión mayoritariamente adoptada en virtud del principio democrático que ostenta la voluntad mayoritaria, sin perjuicio de que, desde el mismo instante de su adopción, puedan intentar revertirla o modificarla.

Esta fundamental vertiente de la legitimación es la que evidencia el riesgo que entraña la mayoría como principio y del que, frente a los Rousseau o Paine, decididos partidarios de la decisión colectiva mayoritaria, fueron muy conscientes algunas mentes preclaras (Tocqueville, Stuart Mill): el riesgo de la dictadura de la mayoría sobre las minorías, una dictadura peor que la del autócrata porque batallar contra ella es mucho más difícil y arduo que hacerlo contra un sujeto único por poderoso que sea.

Ahora bien, en lo hasta aquí señalado, el concepto de mayoría presupuesto ha sido el concepto por defecto, el de mayoría simple, que remite a un apoyo superior al resto en relación con la decisión a tomar, por mínima que sea la diferencia entre quienes la han apoyado y quienes han manifestado estar en contra de la misma. En el ámbito en el que más propiamente juega este principio, que es el de las consultas populares, en tanto en cuanto es aquel en el que se identifica de modo más acabado la premisa de las elucubraciones de la Filosofía moral y política (el pueblo) con la realidad (esto es, quiénes pueden manifestar su expresión como integrantes de tal pueblo, que en los sistemas democráticos son todos aquellos que pueden ejercer el derecho de sufragio), este concepto de la mayoría, y por contraposición necesaria el de la minoría, admite sin embargo variantes muy sustanciales en forma de requisitos necesarios para conjugarlo con otros valores esenciales de la comunidad política, como es el capital de la estabilidad (del que forma parte principal el de la seguridad jurídica) o, en el caso más extremo, con su misma subsistencia en la forma en la que viene reconociéndose como tal comunidad. Esas variantes son exigencias de participación y de votación (quórums de una y otra), destinadas a evitar una legitimación, no formal, pero sí materialmente dudosa, por resultar, bien la participación en la consulta, bien el apoyo a la propuesta de que se trate, insuficientes dada la trascendencia de lo consultado.

A la exigencia de cualificación de las mayorías se opone tradicionalmente el argumento del plusvalor que conlleva el parecer de las minorías, un plusvalor que se traduce en una capacidad de veto de alcance inversamente proporcional a las exigencias que se dispongan de *quorum* de participación y de votación. Efecto

que ciertamente resulta tan inescindible como lo es la cruz a la cara de la moneda. Que la cualificación de las mayorías juega en pro del mantenimiento del *statu quo*, esto es, en contra de la modificación del mismo que se pretende, resulta evidente; y ello abunda en el objetivo de que sea una fracción más significativa que la mera mayoría simple la que apruebe los trascendentales contenidos sometidos a la decisión popular. El plusvalor que adquieren las minorías como consecuencia de la cualificación de las mayorías solo admite como remedio ponderar la cualificación de la mayoría que en cada caso se requiera.

BIBLIOGRAFÍA

BOBBIO, N., OFFE, C., LOMBARDINI, S.: *Democrazia, maggioranza e minoranze*. Bolonia: Il Mulino, 1981.

CHUECA RODRÍGUEZ, R.: *La regla y el principio de la mayoría*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

MCCLOSKEY, H.: «The Fallacy of Majority Rule», en *Journal of Politics*, II (1949).

PIZZORUSSO, A.: *Minoranze e Maggioranze*. Torino: Einaudi, 1993.

RUBIO LLORENTE, F.: «Mayorías y minorías en el proceso constituyente», en *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, 3 (1991).

César AGUADO RENEDO
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad Autónoma de Madrid

VER TAMBIÉN: CALIDAD DEMOCRÁTICA / DEMOCRACIA / ESTADO CONSTITUCIONAL / ESTADO DEMOCRÁTICO / IDEOLOGÍAS / INTEGRACIÓN POLÍTICA / LIBERTAD POLÍTICA / MAYORÍAS Y MINORÍAS / OPOSICIÓN POLÍTICA / REPRESENTACIÓN POLÍTICA / SISTEMAS DE PARTIDOS / SISTEMAS ELECTORALES / TOLERANCIA

LIBERALISMO

Liberal y *liberalismo* son tal vez los mejores ejemplos de la naturaleza ambigua, polémica y polisémica de los conceptos políticos. Se trata, de acuerdo con Vallespín, de «la ideología que ha mostrado una mayor capacidad de adaptación». De hecho, sus márgenes son tan amplios que corre el peligro de convertirse en una fórmula multiuso que no significa nada concreto. Como seña de identidad, la primacía del individuo sobre la comunidad es un requisito *sine qua non*. También lo es un cierto «estilo», tolerante y abierto, dispuesto al debate y ajeno a los dogmas irrefutables; es frecuente en nuestro país citar en este punto las prudentes opiniones del doctor Marañón. Fuera del ámbito político, «lo» liberal se asocia con elementos positivos: las liberalidades son prueba de generosidad en la vida civil; las «artes» y «profesiones» liberales se practican a riesgo y ventura de su titular; diálogo, tolerancia, convivencia, se asocian en el día a día con esta forma de ser.

Su origen como concepto político se sitúa probablemente en las Cortes de Cádiz, donde sus adversarios son descalificados como «serviles». Cuando la democracia se acompaña con el adjetivo liberal apela al Estado constitucional y sus principios de división de poderes y garantía de derechos fundamentales, así como al imperio de la ley. Hoy día, se habla de democracias «iliberales» (F. Zakaria y muchos otros) para rechazar a los gobernantes elegidos en las urnas que se deslizan por la senda del populismo. En fin, el liberal *ama y debe amar* la libertad, porque hace de su conciencia un ámbito intangible para el poder público, pero también para la tiranía de las mayorías sociales, genuina preocupación de autores como Tocqueville, Stuart Mill o el propio Ortega, integrantes sin duda de esta tradición intelectual.

Quienes se dicen liberales, proclaman principios a veces incompatibles. Las dos tradiciones de la libertad (Hayek) son contradictorias. Una es anglosajona, empirista y al mismo tiempo historicista: libertad (negativa) como ausencia de coacción. Otra es continental –galicana, dice D. Negro–, racionalista y pasa por ser progresista: libertad (positiva) como poder de hacer cosas. Para mayor confusión, el francés Tocqueville y el inglés Bentham representan al ámbito geográfico que no les corresponde por su origen. Eso sí, todos los caminos empiezan en John Locke y casi todos terminan en John Stuart Mill (*On liberty*, 1859), elogiado por unos y por otros. La versión historicista se sitúa muy cerca del espíritu *whig*, y sus adversarios la califican sin matices de conservadora. La doctrina racionalista, por su parte, confluye *casi* con la socialdemocracia y es notorio que un «liberal» en el mundo académico y político de los Estados Unidos equivale entre nosotros a un izquierdista moderado. En último término, conviene recuperar las formas de hablar en el siglo XIX: liberal-conservador y liberal-progresista eran fácilmente discernibles como expresión de la burguesía triunfante sobre los rescaldos de la Revolución que puso fin al Antiguo Régimen absolutista. Pero, de nuevo en el terreno de la confusión, si eran liberales los «doctrinarios» como Constant o Guizot no es fácil utilizar la misma palabra para designar a los «radicales» como Bentham y su escuela utilitarista.

Tampoco se hace la luz si acudimos a la Economía política, aunque acaso se per-

ciben ideas más claras. La referencia natural es Adam Smith (*Wealth of Nations*, 1776) y la expansión del liberalismo económico a lo largo del XIX se identifica con el *laissez-faire*, el capitalismo industrial, la propiedad (de nuevo) quiritaria y la libertad de contratos. El Estado liberal no quería, ni podía, alterar el orden espontáneo de la sociedad civil, sino que se limitaba a crear el marco legislativo para su buen funcionamiento. En este contexto, liberal se opone a «social» (no necesariamente socialismo): el Estado social se convierte en protagonista activo de la economía, cuida con más o menos eficacia del individuo «desde la cuna hasta la tumba» y garantiza las prestaciones propias del *Welfare State*, con cita obligada a lo largo del siglo XX para lord Beveridge, J. M. Keynes y, después de 1945, para los «treinta gloriosos» y la economía social de mercado. Renacen los liberales del otro sector con la crisis de los 70 (Reagan y Thatcher, la escuela austriaca…) y el debate durante casi medio siglo sigue centrado en las virtudes y defectos del Bienestar, destacando una vertiente calificada ahora de *neoliberal* que impugna el alto coste en impuestos y burocracias y en una psicología colectiva conformista que se atribuye a la socialdemocracia dominante durante tan largo período.

Liberalismo político y económico parecen orientarse entonces por vías muy diferentes, y resultan ser a día de hoy compartimentos estancos. Con o sin el prefijo *neo*, el liberalismo económico predica las virtudes del mercado y, en general, de la Globalización y suscita la desconfianza, incluso la animadversión, de todos sus competidores: el «otro» liberalismo (que algunos llaman «estatista»), el comunitarismo o el republicanismo. Todos ellos rechazan el individualismo metodológico, la falta de sensibilidad social o la ignorancia de las emociones en nombre de un *homo oeconomicus* imaginario. Le acusan también de ser la cobertura ideológica de la gran desigualdad que trae consigo la crisis. Sin embargo, en nombre de los «fundadores», no cabe negar el derecho de la *public choice* o el análisis económico del Derecho a proclamarse liberales, ni siquiera cuando defienden una democracia de «mínimos» al modo de Schumpeter. Los folletos del Cato Institute, los libros divulgativos de J. F. Revel o el *Free to Choose* de Milton Friedman expresan una dirección del pensamiento liberal que, guste más o guste menos, no debe ser expulsada del paraíso conceptual. Con mucho mayor motivo hay que decir lo mismo de Hayek y Mises o, en el ámbito de la Teoría Política, del *casi sin Estado* que defienden liberales «posclásicos» como Robert Nozick (*Anarchy, State, and Utopia*), planteado desde una perspectiva sorprendentemente racionalista la teoría del contrato social. La pregunta que formula el autor en el frontispicio debería figurar entre las prioridades de toda filosofía política liberal. En inglés se conserva mejor el sentido de la duda: «*If the state did not exist, would it be necessary to invent it?*». La respuesta de Nozick, el *Estado mínimo*, resulta en general poco convincente.

Hay otros liberales «políticos» mucho menos agresivos que los *libertarians* contra la intervención pública en la economía. Es el caso de Raymond Aron, pero también de Isaiah Berlin y, desde luego, de Karl Popper, cuya descripción de una *open society* refleja puntualmente las virtudes, y acaso oculta los defectos, de la sociedad menos injusta de la Historia. Desde luego, hay en esta corriente una lucha contra el miedo (J. Shklar), o quizá mejor contra el desasosiego o la inquietud: *uneasiness* es el término que utiliza Locke en el *Ensayo sobre el entendimiento*. El antídoto es *the pursuit of happiness* como fin y la limitación del

poder como medio, incluso –acaso todavía con mayor necesidad– si ese poder cuenta con una legitimidad democrática. Las instituciones contramayoritarias del Estado constitucional son en rigor una forma sutil de control sobre un *demos* eventualmente desbocado. Más aún, la representación política es (o era) el mecanismo irreprochable para poner freno a la libertad popular. De ahí la gravedad que, contemplada con ojos liberales, presenta la crisis contemporánea de los sistemas representativos. Al final, reaparece siempre el eterno dilema: ¿más democracia o más liberalismo? Recordemos con Ortega, en sus «Ideas de los castillos», que se trata de dos respuestas diferentes a un mismo problema: democracia es gobierno del pueblo, sin mayores precisiones; liberalismo supone la existencia de límites a ese gobierno, sea quien sea su titular.

Si nos dirigimos por último al ámbito puramente académico, liberalismo se identifica hoy día en congresos y seminarios universitarios con la obra de John Rawls, tanto en su *A theory of Justice* (1971) como, especialmente, en los matices que introduce en *Political Liberalism* (1993), adquiriendo así un perfil indiscutible como cabeza de una escuela que solo resulta inteligible para quien está familiarizado con los debates filosófico-políticos en el mundo anglosajón.

Como todos sus ilustres antecesores, Rawls concibe el contrato como una hipótesis de carácter normativo. Introduce la discutible ficción del «velo de la ignorancia» y lanza al espacio académico conceptos que han hecho fortuna: justicia como equidad (*fairness*); una revisión del sistema kantiano del deber como arma frente al utilitarismo; o el consenso por superposición (*overlapping consensus*) a partir de una razón pública libre y dialogante. La escolástica rawlsiana, procedente de muy diferentes disciplinas científicas, contribuye desde hace medio siglo a alimentar debates con cierta repercusión teórica y muy poca influencia práctica. Buena prueba, eso sí, de las múltiples doctrinas que se cobijan bajo un rótulo común.

Una última reflexión. Les guste o no, los liberales «de todos los partidos» (valga la evocación de Hayek) comparten una posición elitista, propia de una filosofía que exige argumentos y matices. Dicho de otro modo: los partidos liberales (más o menos genuinos) actúan más bien como grupos de notables cuya influencia deriva de su habilidad política y no de la discreta confianza que les otorgan los electores.

BIBLIOGRAFÍA

Además de los clásicos citados en el texto, véase:

Burdeau, G.: *El liberalismo político*. Buenos Aires: Eudeba, 1983.
Gray, J.: *Liberalismo*. Madrid: Alianza, 1994.
Laski, H.: *El liberalismo europeo*. México: Fondo de Cultura Económica, 2013.
Manent, P.: *Histoire intellectuelle du libéralism*. Paris: Calmann-Lévy, 1987.
Negro Pavón, D.: *La tradición liberal y el Estado* (discurso de ingreso). Madrid: RACMYP, 1995.
Nuez, P. de la: *La política de la libertad. Estudio sobre el pensamiento político de F. A. Hayek*. Madrid: Unión Ed., 2010 (2.ª ed.).
Pendás, B.: *Teorías Políticas para el siglo XXI*. Madrid: Síntesis, 2007, cap. 4.º

Riker, W. H.: *Liberalism against Populism*. San Francisco, Cal.: Freeman, 1982.
Ruggiero, G. de: *Historia del liberalismo europeo*. Madrid: Pegaso, 1944.
Ruiz Soroa, J. M.: *Elogio del liberalismo*. Madrid: Catarata, 2018.
Shklar, J.: *The liberalism of fear*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1989.
Smith, G. W., ed.: *Liberalism: critical concepts in political theory*. London, New York: Routledge, 2002. (4 vols.)

Benigno Pendás
Académico de Número y Vicepresidente
de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas
Catedrático de Ciencia Política de la Universidad CEU-San Pablo
Ex Director del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales

VER TAMBIÉN: ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO / CONSERVADURISMO / DEMOCRACIA / DERECHOS FUNDAMENTALES / FILOSOFÍA POLÍTICA / GLOBALIZACIÓN / IDEOLOGÍAS / LIBERTAD DE EXPRESIÓN / LIBERTAD POLÍTICA / SOCIEDAD CIVIL / TEORÍA POLÍTICA NORMATIVA / TOLERANCIA

LIBERTAD POLÍTICA

La hegemonía de los demagogos amenaza hoy con convertir la «libertad política» en una expresión equívoca, en un eufemismo de conveniencia muy vulnerable a la manipulación. El uso fraudulento del concepto de participación política pretende alterar unos contenidos troquelados durante siglos de reflexión politológica. Se alientan así pretensiones interesadas y contradictorias en nombre de la libertad, el autogobierno y la democracia. Aquí se pretende recuperar el significado propio, alcance y límites de un concepto –libertad política– que tiene su historia.

La idea de libertad y sus diversas manifestaciones se fundan en una noción de la persona. «Somos», dice Ronald Dworkin, «el tipo de criatura capaz de hacer elecciones, tomar decisiones y aceptar la responsabilidad por ellas». La autonomía personal es el principio originario de nuestra condición de agentes morales; también, de un orden político justo aportando razones al diseño de las instituciones políticas y al contenido de sus reglas y cómo cumplirlas.

No basta con ser libres para decidir de un modo correcto. Se requiere, como decían los clásicos, el concurso del elemento cognitivo para el desarrollo de la autonomía, aprovechar las herramientas analíticas y la información solvente que la razón aporta. La racionalidad reflexiva ayuda a encontrar ese mínimo moral que pueden compartir los individuos de la especie; criba creencias y preferencias; evita rendirse a los prejuicios y sirve para identificar la clase de cuestiones que deben plantearse y en qué orden.

Esta condición de creaturas autónomas y racionales hace a las personas merecedoras de respeto e igual trato en reconocimiento de su dignidad. De ahí que los derechos y libertades sean universalizables. Por tanto, nuestras libertades y derechos están delimitados por los otros derechos y el derecho de los otros. De otro modo, no es un principio valioso. Este criterio se ha convertido en «ideal común que deberán alcanzar todos los pueblos y naciones», como reza la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

A lo largo del tiempo el pensamiento político ha ido asentando diversas facetas de la idea de libertad:

A) *Facultad de actuar libre de impedimento*. Implica licencia para hacer o dejar de hacer esto o aquello sin que nadie tenga capacidad para impedirlo. Supone la existencia de ciertos contextos sin constricción legal. Fija, decía Hobbes, dónde termina el dominio y empieza el no-gobierno o ámbito de la libertad. Protege a los particulares frente a las intromisiones de un Estado excesivamente paternalista, salvaguarda un perímetro de autonomía personal frente a interferencias de otros y prohíbe que puedan ser compelidos a hacer determinadas cosas. En expresión de Garzón Valdés, los derechos y libertades representan una suerte de «coto vedado» para el poder político, incluido el poder de las mayorías. Se le denomina «libertad negativa» en tanto que determina un límite moral irrebasable para una sociedad decente, plural y abierta.

B) *Autogobierno y libertad política.* La política se instituye para reducir inseguridades e incertidumbres que genera la interdependencia social. A tal fin dispone de reglas que prohíben, obligan o permiten; asigna derechos y obligaciones, prestaciones y cargas. Y lo hace de manera concluyente. Sus decisiones, como decía Giovanni Sartori, son «colectivizadas», sin escapatoria. Sin embargo, el anhelo de autogobierno que demanda la autonomía moral hace de contrapeso al imponente poder coactivo que representa la política. He ahí el sentido de la libertad política.

Se define como el derecho a participar en las decisiones políticas que obligan a todos. Los ciudadanos lo ejercen al prestar de manera directa o indirecta su consentimiento o desacuerdo ante las decisiones del poder político y eligiendo a quienes les representan en las instituciones políticas. La libertad política implica un conjunto de potestades como la de votar con fuerza decisoria y elegir entre varias opciones; inmunidades como la del secreto al voto; y pretensiones frente al Estado sobre cómo debe configurarse la participación.

En un Estado de Derecho, complemento necesario de la participación política, todo poder, competencia, prerrogativa o libertad están sujetos a la ley. De ahí que el derecho de participación se ejerza mediante procedimientos jurídicos establecidos y propios de la forma democrática de gobierno. Es un método de decisión que se vale de la regla de la mayoría, una regla que no se agota en ella, sino que va escoltada por leyes de distinto rango, alcance y contenido.

Estas dos figuras representan las expresiones básicas de la libertad. El concurso de ambas resulta imprescindible para el ejercicio de la autonomía moral en tanto que personas y ciudadanos.

C) *Libertad política como libertad legal.* Si la política no va de la mano del Derecho, se convierte en un poder arbitrario, «salvaje». Sin seguridad jurídica, las libertades son papel mojado o privilegios de unos pocos. Sin imperio de la ley, el ejercicio de la libertad política se convierte en caos o tiranía de una parte. Solamente empotrados en un orden legal, los derechos y libertades se convierten en derechos positivos, jurídicamente protegidos.

La legalidad no basta para que un orden político sea legítimo; hace falta que los principios en los que se asienta sean justos y que los procedimientos que los aplican sean consecuentes con esos principios. De ahí que la libertad política tenga un papel determinante en una concepción de la justicia moralmente valiosa. De un lado, la libertad política es parte del principio de justicia, un núcleo de razones sustantivas que se resumen en el repertorio de los Derechos Humanos entre los que está incluida la libertad política. Y de otro lado, la participación política junto con el funcionamiento del Estado de Derecho configura el procedimiento que aplica aquel principio de justicia. Gracias a esta conjunción inescindible de legalidad y democracia, sabemos quién esta moralmente legitimado para establecer el orden y qué orden debe establecer.

Sin ese horizonte moral y asiento institucional ninguna comunidad política deviene comunidad de justicia. Así lo ha resumido Liborio Hierro: «Ni un gobierno está justificado, aunque garantice los dere-

chos, si no es consentido; ni un gobierno está justificado, aunque sea consentido, si no garantiza los derechos». La democracia liberal representa ese modelo de autoridad política con tales garantías y con el equipamiento institucional apropiado para alcanzar ese nivel de legitimidad y aceptabilidad moral.

D) *Libertad, capacidad y derechos sociales*. La autonomía moral impulsa otra faceta de la libertad: la autorrealización de las personas como vía y norte del perfeccionamiento personal. Gracias a ella se configuran los propios planes de vida que dan cierta unidad a nuestros propósitos. Producir las condiciones para un funcionamiento valioso de esta facultad supone: poder elegir con autonomía moral y discernimiento suficientes para cribar las preferencias; disponer de oportunidades diversas y relevantes, así como de recursos adecuados para realizar de modo efectivo nuestros proyectos de vida. Bobbio la definía como «libertad para» poder hacer aquello que somos libres de hacer. Los «derechos sociales», como conjunto de prestaciones protegidas, favorecen el ejercicio de esta dimensión de la autonomía moral y también del conjunto de libertades, ya que están destinados a corregir desigualdades que lo obstaculizan. La aplicación de los derechos sociales, sin embargo, tiene una patente constricción: depende de la disponibilidad de recursos del Estado que en las circunstancias presentes está muy condicionada por los vaivenes de una economía globalizada y, además, en nuestro caso, por las obligaciones que se derivan de la pertenencia a la Unión Europea, nuestro primordial acreedor.

Una observación para concluir. Todas esas facetas analizadas arriba se han ido manifestando en distintos momentos históricos. A menudo se han proyectado como formas de libertad contrapuestas o excluyentes. En esta reflexión se ha argumentado que las diversas facetas de la libertad son complementarias; contienen criterios indispensables para llevar a la práctica el principio de autonomía moral ampliando su alcance normativo. Singularmente la libertad política, para desarrollar su contenido y ejercer de manera valiosa sus funciones, necesita ir escoltada por los demás derechos de libertad y, en la medida de lo factible, por los derechos sociales. Estos blindan la dignidad de las personas, sobre todo de las peor situadas. Configurada y completada de esta manera, la libertad política se convierte en escudo eficaz contra la desafección que explotan los enemigos de la democracia liberal.

BIBLIOGRAFÍA

Berlin, I.: *Dos conceptos de libertad. El fin justifica los medios. Mi trayectoria intelectual*. Madrid: Alianza, 2014.

Bobbio, N.: *Teoría general de la política*. Madrid: Trotta, 2003.

Dworkin, G.: *The Theory and Practice of Autonomy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1988.

HIERRO, L.: «El concepto de Justicia y la teoría de los derechos», en E. Díaz y J. L. Colomer (comps.), *Estado, justicia, derechos*. Madrid: Alianza, 2002
LAPORTA, F.: *El imperio de la ley. Una visión actual.* Madrid: Trotta, 2007.

Ramón VARGAS-MACHUCA ORTEGA
Catedrático de Filosofía Política
Universidad de Cádiz

VER TAMBIÉN: DEMOCRACIA / DERECHOS SOCIALES / DIGNIDAD / IGUALDAD ANTE LA LEY / IZQUIERDA POLÍTICA / FILOSOFÍA POLÍTICA / LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA / LIBERALISMO / MAYORÍAS Y MINORÍAS / REPUBLICANISMO CÍVICO / SOCIALISMO / TEORÍA POLÍTICA NORMATIVA / TOLERANCIA

LIDERAZGO POLÍTICO

En pleno siglo XXI el liderazgo político continúa siendo elemento clave para la legitimación de las estructuras de autoridad y fuente fundamental de potencial creativo para el proceso político en su conjunto. Con frecuencia es percibido como un ingrediente necesario en cualquier proyecto relevante de innovación política y social y, asimismo, un componente decisivo para la mejora de la calidad de las democracias y de unas organizaciones públicas expuestas cada vez más a contextos y dinámicas de tipo VUCA (acrónimo de los términos en inglés de «volatilidad», «incertidumbre», «complejidad» y «ambigüedad»).

En efecto, tanto en el discurso académico como en el político se entiende que los líderes desempeñan tareas esenciales. En primer lugar, contribuyen de forma sustantiva a impulsar estructuras y proyectos. Proporcionan rumbo, impulso, dirección y, sobre todo, «sentido» –mediante la incorporación de valores– a las estructuras políticas. Se puede destacar –con Tucker (1981)– la importancia que tiene en esta tarea el diagnóstico y prescripción de cursos de acción y, en particular, la capacidad de los líderes para «detectar señales» sobre demandas o problemas del entorno que sean lo suficientemente significativos para merecer una respuesta. En segundo lugar, son actores privilegiados en la comunicación política y en la vertebración de la opinión pública, que alcanza su apogeo en períodos de confrontación electoral. Gran parte del trabajo de los líderes consiste en tratar de persuadir no solo a su equipo de fieles o afines sino también a competidores y a la opinión pública. Y, en tercer lugar, son capaces de canalizar, agregar o representar de forma directa tanto demandas como intereses sociales en línea con la dinámica de personalización de la vida política. De hecho, se convierten en agentes simplificadores que reducen la complejidad de lo político, encarnando la representación de demandas e intereses. La vida política se hace inteligible por los ciudadanos gracias a que los líderes pueden personalizar temas, problemas o conflictos de tal forma que sean asimilables. No es sorprendente, pues, que desempeñen un papel muy significado en la redefinición de identidades colectivas (Burns, 1978; Heifetz, 1994).

Ahora bien, el propio concepto de liderazgo sigue jugando malas pasadas. Se trata de un concepto «paraguas», que cobija una pluralidad de sentidos y se delimita de diversos modos: en términos de rasgos personales y habilidades, de conducta del líder, de posiciones formales en clave individual o colectiva, de modelos de interacción, de relaciones entre roles o de la capacidad para definir o articular una «visión», entre otras (Paige, 1977; Hart, 2014). No es extraño, pues, que se contabilicen las definiciones de liderazgo por decenas.

Globalmente consideradas, la mayoría de ellas parecen reflejar la asunción de que liderazgo implica la influencia que ejercen una o más personas (o posiciones) sobre otras personas o grupos para orientarlos en la fijación de fines comunes y movilizarlos para una acción colectiva eficaz (Blondel, 1987; Nye, 1998). Sin embargo, cuando se pretende precisar algo más esta idea, las diferencias sobre quién ejerce la influencia, la forma de ejercerla, su propósito o resultado, son muy notables.

Hasta el último tercio del siglo xx el liderazgo no ha sido un objeto de estudio sistemático por la Ciencia Política. Ello se ha debido a la tradicional creencia de que los líderes «no cuentan» en los regímenes democráticos y de Derecho en los que prevalece el «gobierno de las leyes, no el de los hombres», y a que la mayoría de los politólogos pensaba (quizás por la hegemonía de los modelos sistémicos de análisis) en términos de estructuras y de procesos globales e impersonales. Ha existido escaso interés por lo que pudiera aportar el estudio del liderazgo al análisis de lo político, a menudo subordinado a los trabajos sobre élites.

Por supuesto, la Historia del pensamiento ofrece diversas y valiosísimas «imágenes» de liderazgo. Cabe destacar, por ejemplo, la del «filósofo-rey» (Platón); la del «príncipe» (Maquiavelo); o la imagen del líder como «gran hombre» o «héroe» (Carlyle; Weber) en contraposición a la del líder como «marioneta» (Spencer, Marx), entre otras. Su repercusión ha sido indudable, aunque no se trate de conceptualizaciones sistemáticas y acabadas.

Los estudiosos del liderazgo desde la Ciencia Política no se integran en corrientes o «escuelas», ni se adscriben con claridad a una determinada orientación importada de otras disciplinas, sea que enfatice los rasgos personales, sea típicamente conductual o cualquier otra. Sí ha habido, no obstante, una cierta predilección temática: la mayoría de ellos se han concentrado en temas como el efecto del comportamiento de los líderes en las posiciones institucionales que ocupan; sus características personales (el carisma, por ejemplo); la conducta de liderazgo como opuesta a liderazgo «formal»; la influencia del entorno en tanto que conjunto de recursos o límites para los líderes; la imagen del líder como factor explicativo del voto; y el discurso de los líderes en la comunicación política.

Más allá de la trascendencia del fenómeno y de la (paradójica) debilidad de los estudios de liderazgo, este se interpreta en las Ciencias sociales desde, al menos, cuatro perspectivas diferentes: como conjunto de cualidades personales («atributos individuales de liderazgo»); como modo específico de comportamiento («conductas de liderazgo»); como posición formal en una estructura organizativa («posiciones de liderazgo» o «de autoridad»); y como proceso movilizador que induce el cambio para impulsar una «visión», promover la innovación social o política, o simplemente infundir cohesión e ilusión colectiva («actividad» o «proceso de liderazgo»). Esta última perspectiva es la que goza actualmente de una mayor consideración entre los especialistas. Tiene su base en la pionera y ya clásica conceptualización de Burns: (el liderazgo es) «aquel proceso por el cual determinadas personas con ciertos motivos y propósitos, en competición o conflicto con otras, movilizan recursos de todo tipo (institucionales, psicológicos, políticos...) para estimular, inducir o satisfacer las motivaciones de los seguidores en la dirección deseada» (Burns, 1978: 18). Así pues, el liderazgo surge como fenómeno relacional que conjuga tres planos: el líder, los «seguidores» y los contextos.

En esta línea, entendemos que el liderazgo político es ante todo un conjunto de prácticas, un proceso de carácter colectivo que se desarrolla en escenarios de interacción entre el particular comportamiento de un actor individual («líder») y diferentes ámbitos de responsabilidad o «de dominio político» (seguidores, votantes, medios, partidos, grupos de interés), en virtud del cual el líder induce o provoca un impacto no rutinario en algunos

de esos ámbitos mediante el uso de recursos de poder de diverso tipo.

Calibrar el impacto de los líderes es un problema complejo. Aunque los líderes «cuentan», no parece posible determinar hasta qué punto sin hacer referencia a qué líderes, en qué circunstancias concretas y al ámbito donde se desarrolla su impacto.

Pese a ello es posible destacar cuatro factores generales que, con mayor o menor intensidad, afectan al impacto que ejerce el líder sobre el proceso político: a) la *ecuación personal del liderazgo*, que alude al mapa competencial o habilidades personales de los líderes (sobre todo cognitivas y relacionales), las cuales definen su «competencia política»; b) el *comportamiento político específico del líder*, que cabe definir a partir de tres procesos interrelacionados, que contribuyen a conformar su «estilo de liderazgo»: la adopción de decisiones y fijación de la agenda política; la implementación o «modo» de trabajo político; y la búsqueda de recursos y apoyos; c) la presencia de *una red de apoyo* integrada por actores políticos, sociales o individuales constituye una condición necesaria para el desarrollo de procesos de liderazgo, al cumplir funciones críticas para la acción del líder, como el mantenimiento de un sistema fluido de comunicación con su entorno, la orientación hacia los objetivos y la agenda política, la obtención de recursos o la movilización frente a problemas agudos; d) la *estructura específica de oportunidades* que emerge del marco institucional y el contexto político en los que el líder opera.

En el actual debate sobre el futuro de la política queda mucho por ahondar sobre qué dilemas afrontarán los líderes políticos y sobre cuáles serán los estilos de liderazgo más adecuados para la gobernanza democrática. Lo que no cabe duda es de que los líderes ya están afrontando tensiones y desafíos que requieren el ejercicio de delicados equilibrios (Hart, 2014): entre otros, el auge de la autoridad distribuida y del *empowerment* ciudadano, que demandan cada vez más un liderazgo compartido, cooperativo y en red; el desafío de la transparencia, que implica la máxima apertura y visibilidad posible de la conducta de líderes y cargos políticos, pero también el ineludible espacio reservado a la discreción; el desafío de la infotecnología y su inmediatez en un mundo rápido, que exige respuestas fulminantes, pero que requieren al mismo tiempo paciencia y habilidad para tomar cierta perspectiva temporal; la tensión que representa para el liderazgo el incremento de la relevancia de los problemas globales cuando su base y legitimación son las comunidades nacionales y locales; o el desafío que representa el paulatino declive de las instituciones, vínculos e identidades tradicionales, que demanda cierto equilibrio entre la necesidad de un liderazgo fuerte, de valores y principios coherentes, con un liderazgo adaptativo (Heifetz, 1994), basado en la persecución de objetivos y sensible ante la fluidez, la contingencia y el riesgo que caracterizan los escenarios actuales.

BIBLIOGRAFÍA

Blondel, J.: *Political leadership. Toward a general analysis*. London: Sage, 1987.
Burns, J. M.: *Leadership*. New York: Harper & Row, 1978.
Hart, P.: *Understanding public leadership*. London: Palgrave, 2014.
Heifetz, R. A.: *Leadership without easy answers*. Cambridge: Harvard University Press, 1994.

Nye, J. S.: *The powers to lead*. Oxford: Oxford University Press, 2008.
Paige, G. D.: *The scientific study of political leadership*. New York: Free Press, 1977.
Tucker, R. C: *Politics as leadership*. Columbia: University of Missouri Press, 1981.

Antonio Natera
Profesor Titular de Ciencia Política
Universidad Carlos III de Madrid

VER TAMBIÉN: BUEN GOBIERNO / CAMPAÑA ELECTORAL / CIENCIA POLÍTICA / COMUNICACIÓN POLÍTICA / CULTURA POLÍTICA / DISCURSO POLÍTICO / ÉLITES POLÍTICAS / GOBERNANZA / PARLAMENTARISMO / PRESIDENTE DEL GOBIERNO / TRANSPARENCIA

LITERATURA Y POLÍTICA

El material del que está hecha la literatura es el más obvio e inmediato de todos: el lenguaje humano, aunque potenciado hasta esa expresividad especial que reconocemos como objeto estético o como artefacto intelectual persuasivo. Pero ese material es muy resistente… Al tener como premisa la exigencia de *literalidad* de su trasmisión, se encarnó en forma de escritura desde que los alfabetos fonéticos surgieron en el Oriente Medio semítico y se expandieron por el Mediterráneo y por Asia. Hasta que, a finales del siglo XV, la invención de la imprenta de tipos móviles se convirtió en una técnica imbatible como factor de difusión y, a la vez, de *autentificación* de los textos, desautorizando las copias descuidadas y limitando la proliferación de apócrifos y falsificaciones. Las letras disponían ya de una ciencia propia dedicada precisamente a su estudio y preservación: el primer deber de la Filología era asegurar la correcta transmisión de los textos y, en su caso, enmendar sus erratas; el segundo, el de fijar y glosar sus significados. La literatura, transformada en escritura y escoltada por la Filología, fue así un *modo de poder* que contribuyó a la identidad de las naciones y a la legitimidad de los gobiernos y, a la larga, creó el discutible pero influyente concepto de *literaturas nacionales*. Estuvo estrechamente asociada al poder político, pero otras veces fue su contrapoder, cuando se vinculó a sectores más dinámicos o disidentes. Ha sido propaganda y diatriba, como también expresión de la conformidad y semillero del descontento; vive mejor en la libertad pero se adapta, como ninguna otra cosa, a la hipocresía, el disimulo y la clandestinidad.

Sin la fuerza de las letras impresas no hubieran existido ni la fértil discusión sobre la naturaleza del poder político y del Estado (a lo largo de toda la Edad Moderna), ni la gigantesca remoción de la religión cristiana en la Europa del siglo XVI, o la vuelta al pensamiento estoico y la formulación del racionalismo filosófico desde mediados del siglo XVII. La censura y los índices de libros prohibidos fueron la consecuencia de la desconfianza que inspiraban, pero también un tácito reconocimiento de su fuerza. El libro pasó a ser un objeto vigilado como muestran los preliminares de los impresos en los siglos XVI y XVII que debían ser autorizados expresamente por la Iglesia, tasados por el Estado y provistos de un privilegio de impresión. Hoy sigue siendo así…

Pero estas cautelas no evitaron que la posesión y disfrute de los libros se convirtiera en una pasión de muchos. En la España de hacia 1580, su lectura alegró la vida de un ventero soñador, de un estudiantón de pueblo, de un culto aristócrata granadino de viaje por Castilla y, por supuesto, la de un hidalgo ya machucho que solo leía libros de caballería, así como obsesionó a un escritor envidioso que quiso emular el éxito del libro que narraba todo eso: *El Quijote* de Cervantes supo contar por menudo esas historias que, en rigor, constituyen un completo escrutinio de la función de la literatura en la imaginación de su público. Recordemos que los poderes del escritor y de la comunicación literaria, tal como se dieron en el mundo clásico grecolatino, se habían restablecido ya al final de la Edad Media. Francesco Petrarca fue el ejemplo más excelso de la recuperación del estatuto creativo que disfrutaron Horacio o Cicerón y de su patrimonio moral y estético: la noción de intimidad y autoexigencia, el culto del

amor y la amistad, la belleza de la naturaleza, el grato sabor de la fama, la melancolía y la añoranza… Michel de Montaigne reclamó en sus *Ensayos* que «yo mismo soy la materia de mi libro», mientras William Shakespeare nos dijo muy poco de sí mismo pero no dejó ni un país, ni una época, ni un carácter, ni una pasión contradictoria, fuera de sus tramas escénicas. Otros, como Cervantes, confiaron a la libertad impune del humor (una perspectiva radicalmente nueva de lo cómico) la revisión de un mundo descontentadizo. Y así operó también la fantasía de espíritus rebeldes como François Rabelais y Jonathan Swift, el vitalismo laico de los primeros grandes narradores británicos (Daniel Defoe o Henry Fielding), o el sombrío espíritu satírico del conservador Francisco de Quevedo y el desolador pesimismo de los creadores de relatos picarescos.

A lo largo de dos siglos, el humanismo culminó la profesionalización del autor, emancipado de mecenazgos o del amparo del estado eclesiástico. Pero la noción de *escritor público* nació en el siglo XVIII, como lo hicieron las enciclopedias, el ejercicio activo de la crítica, las revistas y los periódicos… La Ilustración fue una revisión general de valores –cauta pero eficaz– que se mantuvo fiel al lema que el filósofo Kant acuñó ya al fin de la centuria (*sapere aude*: «atrévete a saber»). Las convulsiones políticas y sociales que marcaron el final del XVIII y el principio del XIX no alteraron los fundamentos de ese legado. El siglo ilustrado había descubierto ya el encanto del exotismo, la sugestión de lo lúgubre y el atractivo de las pasiones turbulentas. El movimiento romántico culminó la exaltación política, la emotividad popular y un tono más juvenil: el cambio de la casaca por la levita y del salón dieciochesco por el bullicioso café.

Una figura tan universal como Johan Wolfgang Goethe ejemplificó el paso de uno a otro mundo. El nuevo fue más accesible a públicos y actores diferentes: así, las mujeres y los más jóvenes ocuparon un lugar de relieve en las filas de la literatura, y de los gustos de ese público y también de las preocupaciones de los nuevos escritores nació la preeminencia de la novela y su inusitado ascendiente público. A lo largo del XIX, títulos como *Oliver Twist* y *Los miserables* modificaron la sensibilidad hacia los desdichados, como una novela de aventuras, *El Conde de Montecristo*, delató la miseria de la nueva burguesía especulativa y un modesto relato sentimental, *La cabaña del tío Tom*, contribuyó a la emancipación de los esclavos negros en los Estados Unidos. Dos grandes novelas, la italiana *Los novios* y la rusa *Memorias de la casa de los muertos*, hicieron mucho por la unidad nacional de Italia o por los presos políticos en Siberia. Y una larga serie de relatos sobre mujeres insatisfechas –*Madame Bovary*, *Fortunata y Jacinta*, *El primo Basilio*, *Effie Briest* o *Ana Karenina*– colocaron la crisis del matrimonio y la pasión prohibida en el centro de una discusión en la que clérigos, fiscales y críticos participaron activamente. La admirable lucha del poder literario ganó la pelea al poder político.

La situación estaba en sazón para que surgiera un modismo –la palabra *intelectual*, en la Francia de 1898– que definió muy bien la potestad del escritor en una sociedad cambiante: su capacidad de movilizar la opinión a partir de un hecho, mediante manifiestos o campañas de prensa, con la voz de la razón o de la compasión. El siglo XX fue, sin duda, «el siglo de los intelectuales». Y en los años treinta, el *compromiso de izquierda* fue la nueva faz de los escritores, no sin discrepancias y polémicas… Solo en los años finales del siglo XX, la masiva indus-

tria de la información y el acceso al batiburrillo de noticias, bulos y opiniones que pulula en la red hirió de muerte el principio de *autoridad intelectual*, ya muy deteriorado.

Hacia 1990, en Estados Unidos, lo «políticamente correcto» (*Political Correctness*) y la paralela «cultura de la queja» (*Complaints Culture*) invocaron los derechos de las minorías y el respeto a la multiculturalidad para socavar una conquista ya vieja: el derecho del artista a la transgresión de los valores comunes. La restauración del antiguo vocablo de *canon* en la consideración de la literatura fue la respuesta altiva de quienes (como el crítico Harold Bloom, autor de *The Western Canon* en 1992) eran fieles a los grandes nombres de la literatura, frente a los que defendían su equiparación con las culturas emergentes o minoritarias: entre ellas, por supuesto, la escritura femenina y la de las minorías raciales o sexuales.

Pero es muy difícil saber quién representa de verdad aquellos valores que siempre han hecho avanzar la vida del arte y la cultura… En la disputa entre lo igualitario y lo singular, el riesgo y el orden, la independencia y el tribalismo, se mueven hoy las complejas relaciones entre la política y la literatura…

BIBLIOGRAFÍA

Bloom, P.: *Encyclopèdie. El tiempo de la razón en tiempos de sinrazón*. Barcelona: Anagrama, 2012.
Rancière, J.: *Política de la literatura*. Buenos Aires: Libros del Zorzal, 2011.
Rico, F.: *El sueño del humanismo. De Petrarca a Erasmo*. Barcelona: Crítica, 2014.
Safranski, R.: *Romanticismo. Una odisea del espíritu alemán*. Barcelona: Tusquets, 2012.
Winock, M.: *El siglo de los intelectuales*. Barcelona: Edhasa. 2010.

José-Carlos Mainer
Catedrático jubilado de Literatura Española
Universidad de Zaragoza

VER TAMBIÉN: ARTE Y POLÍTICA / CINE Y POLÍTICA / COMUNISMO / DEMOCRACIA / FASCISMO / GLOBALIZACIÓN / MÚSICA Y POLÍTICA / POLÍTICA CULTURAL / POSVERDAD

MAYORÍAS Y MINORÍAS

Podemos fechar con bastante exactitud el momento en el que el vocablo «mayoría» aparece en la reflexión política moderna: en 1689, con los *Tratados sobre el Gobierno Civil* de John Locke. Antes, «mayoría» tenía otros significados (*majority* era, y sigue siendo, la edad de la madurez; *majoritas*, en latín, vendría a traducirse como «magnanimidad»). Con Locke, la «mayoría» va a convertise en un método de decisión. El método, de hecho, consustancial a la democracia.

Por descontado, ese método gozaba de una larga y prestigiosa historia. En lo político, la *Eklessia* de la Atenas democrática decidía mediante algún tipo de sistema mayoritario. En Roma, las discusiones en el Senado se decidían mediante mayoría. Y, fuera del ámbito estrictamente político, el método mayoritario era habitual en organismos colegiados. Quintiliano, por ejemplo, relata que un tribunal judicial formado por siete miembros ha de decidir –mediante mayoría– qué pena merece el acusado: muerte, destierro o prisión. Durante la Edad Media, la Iglesia católica recurrió a procedimientos mayoritarios para descubrir «la voluntad de Dios» a la hora de elegir papas, abades o priores. Pero, para todas esas decisiones, ni los romanos, ni los griegos, ni los pensadores medievales que escribían en latín tenían un vocablo exacto para «mayoría». Utilizaban otras expresiones: *jeirotoneo*, *maior pars*, *vocum pluralitatem*, etc. Hobbes, que escribe solo cuarenta años antes de Locke, no usa ni una sola vez la expresión *majority* en el *Leviatán*. Utiliza o bien *plurality* o bien *major part*. Puede parecer lo mismo, pero como sabemos, gracias sobre todo a Condorcet (aunque otros, como Ramón Llull o Nicolás de Cusa, ya lo habían visto antes), no lo es.

Condorcet demostró, en efecto, que en muchas ocasiones puede haber una «mayor parte», pero que, con todo, no está claro que haya una «mayoría». Supongamos tres jóvenes que deciden acerca de dónde ir de viaje. El orden de preferencias de uno es: París, Roma, Nueva York. El de otro: Roma, Nueva York, París. Un último: Nueva York, París, Roma. Si deciden «por mayoría» entre Roma y París, gana París. Entre París y Nueva York, gana Nueva York. Por tanto, parece que irán a Nueva York, pero si votan entre Nueva York y Roma, ¡gana Roma! Y vuelta a empezar… ¿dónde prefiere entonces ir el grupo de acuerdo a «la mayoría»? No lo sabemos. Cambiemos ahora Roma, París y Nueva York por Izquierda, Derecha y Centro… ¿cómo decidimos en las democracias? ¿Qué es eso de «la mayoría»? Con el ejemplo antes transcrito de Quintiliano pasaba algo similar. Tres jueces decidieron «muerte», dos «destierro» y dos «prisión». De acuerdo a la *maior pars*, el acusado fue ejecutado. Ahora bien, si, en lo que es una hipótesis bastante razonable, suponemos que los últimos cuatro jueces consideraban la opción «muerte» como la peor de las tres… ¿cómo puede sostenerse que ajusticiar al acusado fuera *realmente* la opción preferida por «la mayoría» de los siete jueces, si para cuatro era la peor opción?

El primer problema descrito (el de los tres jóvenes) fue conocido durante mucho tiempo, en una denominación que todavía perdura, con el nombre de «Paradoja de Condorcet». En 1958, sin embargo, Duncan Black afirmó que ahí no hay nada paradójico –esto es, nada que apa-

rente ir contra la razón– y que lo que ocurre es tan solo que se produce un mero ciclo entre las preferencias del grupo. Desde entonces, en cada votación con más de dos opciones, aunque sepamos el resultado, no sabemos si puede haber un ciclo y si, por tanto, ese resultado es o no «mayoritario».

Esta laguna explica que, mientras *a priori* el principio de mayoría parezca predicarse de un único ganador –la opción preferida por *la mayoría* del grupo– en la práctica, precisamente porque no sabemos bien qué es exactamente «*la mayoría*», existan muchos procedimientos electorales de corte mayoritario que no siempre arrojan el mismo resultado para un mismo grupo con unas mismas preferencias. La distinción más habitual es la que se establece entre la «mayoría simple» (que elige a la opción más votada, tenga o no tenga el apoyo de más de la mitad del grupo) y la «mayoría absoluta», que exige más de la mitad. Esta sencilla distinción se oscurece debido a cuestiones terminológicas (la primera opción se denomina también «mayoría relativa», o «pluralidad», o *first past the post*; la segunda, «doble vuelta», «mayoría», «desempate»; etc.); idiomáticas (no siempre coinciden las expresiones de los distintos idiomas, y de hecho incluso entre el inglés británico y el estadounidense hay diferencias semánticas entre *plurality* y *majority*); y definicionales (pueden influir en la mera determinación de unos u otros tipos de mayorías cuestiones como la asistencia a la votación o la distinta consideración de los votos nulos y/o blancos).

Desde el último tercio del siglo XIX la Ciencia Política divide los sistemas electorales en dos grandes tipos: proporcionales y mayoritarios (de la confluencia entre ambos surge una tercera categoría: los «mixtos»). Entre los mayoritarios, cinco se utilizan hoy en elecciones políticas estatales: mayoría simple, doble vuelta, voto alternativo, voto en bloque y voto en bloque a partidos. Pero, con todo, hay muchos más sistemas electorales mayoritarios que esos cinco. En el último tercio del siglo XX surgió una nueva perspectiva que se ocupaba de los procedimientos de elección desde un punto de vista no tanto político como analítico. Esa perspectiva ha sido común a disciplinas como la *Public Choice*, la *Social Choice* y la teoría de las votaciones. La frecuentan sobre todo matemáticos y economistas. Aquí los sistemas electorales son en la práctica infinitos. La perspectiva se ha configurado en buena medida en torno al celebérrimo teorema de Arrow, una demostración matemática que concluye que, dados cinco criterios lógicos que ha de cumplir todo sistema electoral, no existe –ni puede existir– ningún sistema electoral que los satisfaga todos. Un descubrimiento negativo que, sin embargo, ha provocado una inercia investigadora eminentemente positiva. La teoría de las votaciones es hoy en día una rama del conocimiento en expansión. Si nos ceñimos a esta distinción –sin duda algo simplista– entre Ciencia Política (Duverger, Sartori, Lijphart) y teoría de las votaciones (Black, Arrow), es probable –y deseable– que el futuro tienda a una mayor comunicación entre ambas. Hablan en buena medida de lo mismo, pero lo hacen desde supuestos y lenguajes diferentes. Tender puentes entre ambas puede ayudar a construir un conocimiento más claro –y útil– para la toma de decisiones públicas.

Con respecto a las minorías, cabe abordarlas a través de dos expresiones del castellano. «Estar en minoría», por un lado, hace referencia al resultado de una concreta votación. En ese sentido, una minoría es aquello que no ha resultado estar en la mayoría, y para tales minorías

–entendidas como elementos dependientes de una votación– sirve por tanto todo lo dicho hasta ahora. «Ser una minoría», sin embargo, remite a otra cuestión. Aquí estamos frente a grupos que no *están* en minoría en cierta votación, sino que *son* minorías siempre. Esos grupos pueden definirse por su religión, su etnia, su idioma, su orientación sexual, su riqueza o cualquier otro criterio.

Para este tipo de minorías *constantes* lo fundamental es la adquisición y garantía de ciertos derechos que, precisamente por serlo, queden al abrigo de cualquier mayoría. En la medida en que, como suele decirse, la minoría más extrema que existe es el individuo, la cuestión de las minorías y de sus derechos viene a ser, con sus propias particularidades, un remedo colectivo de la polémica entre liberalismo e intervencionismo (la cuestión clásica de la «tiranía de la mayoría»). Con todo, los comunitaristas insisten en que la lógica binaria Estado-individuo no es capaz de hacer justicia a los derechos de las minorías, pues por definición las minorías no son individuos y escapan a ese encuadre. En 1992, la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de Personas pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas vino a reconocer los méritos de ese enfoque y las insuficiencias del liberalismo clásico al respecto. Pero, con independencia de ello, el debate de las minorías, como el de la esencia de la mayoría, sigue de plena actualidad.

BIBLIOGRAFÍA

Black, D.: *Theory of Committees and Elections*. Cambridge: Cambridge University Press, 1958.

Brams, S. J.: *Mathematics and Democracy: Designing Better Voting and Fair-Division Procedures*. Princeton: Princeton University Press, 2008.

Colomer, J. M.: *The Science of Politics. An Introduction*. Oxford: Oxford University Press, 2011.

Kymlicka, W.: *Multicultural citizenship: A liberal theory of minority rights*. Oxford: Clarendon Press, 1995.

Manin, B.: *The principles of representative government*. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.

Mclean, I.; Urken, A. B.: *Classics of social choice*. Ann Arbor: University of Michigan Press, 1995.

Jorge Urdánoz Ganuza
Profesor de Filosofía del Derecho
Universidad Pública de Navarra

VER TAMBIÉN: CALIDAD DEMOCRÁTICA / COALICIONES / DEMOCRACIA / ELECCIONES / SISTEMAS DE PARTIDOS / SISTEMAS ELECTORALES / SUFRAGIO / VOTO ELECTRÓNICO

MULTICULTURALIDAD

La multiculturalidad es uno de los hechos más significativos de nuestro tiempo. En realidad, la diversidad cultural ha existido siempre. Pero en nuestros días resulta mucho más visible a causa de la globalización, en cuyo marco el conocimiento, y por tanto la conciencia de las diferencias, es mucho mayor que en el pasado.

La multiculturalidad afecta al modo de concebir e interpretar los derechos humanos. Ciertamente estos constituyen hoy una fuente importante de convergencia. Sin embargo, no existe un consenso universal *sustantivo* en torno al fundamento, al contenido, al catálogo de los derechos humanos, y al modo de interpretarlos (Robles, 1992). Nos hallaríamos más bien ante un consenso aparente tras el cual se ocultarían profundas divergencias.

No obstante, la conciliación entre universalidad de los derechos y diversidad cultural sería posible. Para ello se requeriría: (i) No incurrir en el asimilacionismo, pero tampoco en el error opuesto, el relativismo; (ii) reconocimiento de las diversas identidades personales y colectivas, partiendo de la prioridad de la persona y de sus derechos; y (iii) establecer las condiciones institucionales que posibiliten el diálogo entre personas con distintas pertenencias culturales (interculturalidad).

(i) En las circunstancias descritas, hay que evitar cualquier interpretación simplista de la universalidad de los derechos. No se puede imponer la concepción occidental a otras culturas. Eso sería imperialismo cultural, un falso universalismo basado en la deducción del universal de un particular, en la homologación de las diferencias, en la asimilación de las culturas distintas. Semejante intento está condenado al fracaso. La universalidad, para ser auténtica, y también para ser efectiva, ha de ser el resultado del diálogo. Aparece no como un punto de partida, sino como un punto de llegada. Y ello a través de la clarificación de las razones que sirven para sustentar una determinada tesis, de manera que todos puedan comprender su justificación.

El rechazo del asimilacionismo no debe llevarnos a caer en el relativismo. Este niega la existencia de valores universales, en particular morales, y, por consiguiente, la posibilidad de formular juicios de valor dotados de objetividad. Cuando se proyecta sobre la diversidad cultural, sostiene la imposibilidad de enjuiciar no ya las diferentes culturas, sino tampoco los fenómenos culturales concretos, esto es, las prácticas, instituciones, actitudes y orientaciones vigentes en un momento dado. En consecuencia, se consideraría que todas las prácticas sociales, incluso aquellas que atenten contra los derechos básicos, deben ser aceptadas.

Es evidente que una cultura no puede ser enjuiciada utilizando como unidad de medida otra cultura. Hacerlo así sería etnocentrismo. Sin embargo, el relativismo radical equivale a aceptar, legitimándolas de algún modo, las imposiciones de quienes detentan el poder dentro de cada comunidad cultural, en detrimento de la libertad, la igualdad y los derechos de los individuos. De poco serviría liberar al ser humano de la opresión

del Estado y abandonarlo en manos de la tiranía de la comunidad cultural de pertenencia.

Además, el relativismo radical, al negar la existencia de valores comunes, suele conducir al aislamiento, a la separación absoluta entre las diversas comunidades. Es lo que Touraine denomina el «multicomunitarismo»: yuxtaposición de comunidades cerradas, aisladas y separadas entre sí y que imponen la uniformidad en su interior.

(ii) En la difícil tarea de conciliar universalidad y diversidad habría que partir de la prioridad de las personas y de sus derechos, superando al mismo tiempo la visión individualista del ser humano. Desde esa perspectiva, el derecho a la protección de las identidades culturales sería un derecho humano. Y es que nuestras múltiples pertenencias culturales que nos unen a otros seres humanos (lengua, religión, nacionalidad, origen étnico, etc.) son parte indivisible e inseparable de nuestra identidad personal. Por esta razón, para tutelar a las personas es necesario proteger las diversas culturas (Viola, 1999). Ahora bien, cuando se habla del derecho a la protección de las identidades culturales se hace referencia al reconocimiento político de identidades colectivas o de grupo; esto es, en el ámbito público, no quedando relegadas a la esfera privada, lo cual exigiría la posibilidad de aportar al debate público argumentos basados en la propia visión cultural del mundo y en su caso en las propias convicciones religiosas (Habermas). Este reconocimiento de una dimensión pública a las religiones caracterizaría a la *laicidad positiva* frente al *laicismo,* que expulsa del espacio público a todo elemento religioso (Ollero, 2012).

Por su parte, el reconocimiento de identidades colectivas sería el contenido del derecho a la protección de las culturas, para la preservación de prácticas y manifestaciones culturales comunes a un determinado grupo, no necesariamente minoritario. A través de él se protegerían los vínculos de interdependencia entre los seres humanos.

Desde la perspectiva de la prioridad de las personas, la razón por la que las identidades deben ser respetadas, e incluso promovidas, no residiría en su valor intrínseco, sino en el respeto de la dignidad de las personas que participan de esa identidad. De ahí se siguen importantes consecuencias. En primer lugar, el derecho a la protección de las identidades culturales sería un derecho humano individual y no colectivo. En esta línea se sitúa el art. 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. No obstante, en los últimos años, asistimos a una tendencia a atribuir derechos a las minorías en cuanto tales, básicamente el derecho a la existencia y a la propia identidad. Así, la Declaración sobre los Derechos de las Personas que pertenecen a Minorías Nacionales, Étnicas, Religiosas o Lingüísticas de Naciones Unidas, de 1992, y la Convención europea para la protección de las Minorías Nacionales en el marco del Consejo de Europa, de 1994. Aunque tales derechos se articulen formalmente como derechos colectivos, desde el punto de vista de su justificación ética deben ser interpretados como derechos instrumentales respecto del derecho individual correspondiente.

Otra consecuencia del planteamiento adoptado es el rechazo del objetivo de la supervivencia de las culturas como tales como principio político (en contra, Taylor). Habermas sostie-

ne que se deben reconocer y proteger jurídicamente las diversas formas de vida culturales, siempre y cuando los miembros del grupo *quieran* conservar y desarrollar esa identidad. El punto de vista ecológico de la conservación de las especies no puede trasladarse a las culturas. En el Estado de Derecho, solo cabe posibilitar la reproducción de las culturas, no garantizar su supervivencia, porque eso supondría privar a sus miembros de la libertad de elegir.

Una última consecuencia hace referencia a los límites del mismo. Este derecho no ampararía las prácticas que atenten contra la dignidad humana, tales como castigos corporales (lapidación, flagelación, amputación), mutilación genital femenina, matrimonios concertados y forzados, discriminación de las niñas en materia educativa, impidiendo que vayan a la escuela, poligamia y repudio unilateral (en ambos casos, la esposa no tiene un derecho recíproco equivalente) o agresiones contra la esposa.

Por su parte, Kymlicka sostiene que las *restricciones internas* de las libertades de los miembros del grupo en nombre de la solidaridad de grupo son rechazables. En cambio, defiende las *protecciones externas* que protegen al grupo del impacto de las decisiones de la sociedad mayor que puedan perjudicarles.

Sin perjuicio de los límites señalados, hay numerosas expresiones de la diversidad cultural jurídicamente protegidas y promocionadas. Pueden citarse los derechos lingüísticos (derecho a utilizar la propia lengua en público y en privado); el derecho a recibir la enseñanza de la propia religión (art. 2. 1 c) de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa); el derecho de los creyentes al ejercicio de sus prácticas religiosas en lo relativo al día de culto y descanso, a la alimentación y a la indumentaria, entre otros. En ese orden de cosas, el uso del velo por parte de las mujeres musulmanas ha suscitado especial polémica. Al respecto el primer problema que se plantea es el de la comprensión de su significado (Ollero, 2012) ¿Se trata de un símbolo de la sujeción de las mujeres o de un signo –en absoluto opresivo– de identidad cultural y religiosa? En cuanto símbolo su uso constituiría un derecho siempre que fuese una decisión libremente adoptada por las mujeres.

Más compleja es la cuestión del velo integral (*burka* y *niqab*) respecto del cual se puede cuestionar que se trate realmente de un símbolo religioso y no de una práctica ligada a la subordinación de las mujeres. En todo caso, la STEDH (Gran Sala), de 1 de julio de 2014, en el Asunto S. A. S. contra Francia, ha considerado que su prohibición general en el espacio público no vulnera el CEDH en base al argumento de que se trata de una práctica incompatible con la convivencia que vulneraría el derecho de los otros a vivir en un espacio de socialización que haga la convivencia más fácil. Se descartaron en cambio otros argumentos (afectación de la dignidad humana, igualdad de género, seguridad pública).

(iii) Por último, el tratamiento adecuado de la multiculturalidad requiere no solo el reconocimiento de las diversas identidades, sino también y sobre todo la comunicación entre ellas (modelo de la interculturalidad). Las condiciones institucionales para ello deben proporcionarlas las instituciones democráticas, las cuales han de afrontar el desafío que supone la gestión de la diversidad cultural, conservando al tiempo su núcleo del que forman parte los derechos. Eso

implicaría, frente al modelo rawlsiano de razón pública neutral, hacer entrar en los debates públicos las razones y los argumentos de las diversas identidades culturales, siempre y cuando respeten los principios del constitucionalismo y de la democracia (patriotismo constitucional habermasiano). De este modo, se podrían alcanzar unos valores comunes, el resultado dinámico del encuentro y de la comunicación entre determinadas identidades culturales en el interior de principios y reglas institucionales preexistentes (Viola, en Vigna y Zamagni, 2002).

BIBLIOGRAFÍA

Habermas, J.: *La inclusión del otro. Estudios de Teoría política*. Barcelona: Paidós, 1999.

Kymlicka, W.: *Ciudadanía multicultural*. Barcelona: Paidós, 1996.

Ollero, A.; Hermida del Llano, C., coords.: *La libertad religiosa en España y en el Derecho comparado*. Madrid: Iustel, 2012.

Rawls, J.: *El liberalismo político*. Barcelona: Crítica, 1996.

Robles, G.: *Los derechos fundamentales y la Ética en la sociedad actual*. Madrid: Civitas, 1992.

Taylor, C.: *El multiculturalismo y la política del reconocimiento*. México: Fondo de Cultura Económica, 1993.

Touraine, A.: *Igualdad y diversidad. Las nuevas tareas de la democracia*. México: Fondo de Cultura Económica, 2000 (2.ª ed.).

Vigna, C.; Zamagni, S.: *Multiculturalismo e identità*. Milano: Vita e Pensiero, 2002.

Viola, F.: *Identità e comunità. Il senso morale della politica*. Milano: Vita e Pensiero, 1999.

Encarnación Fernández Ruiz-Gálvez
Catedrática de Filosofía del Derecho
Universidad de Valencia

VER TAMBIÉN: COMUNITARISMO / CONVIVENCIA / DERECHO DE FAMILIA / DERECHO Y MORAL / DERECHOS FUNDAMENTALES / DIGNIDAD / IDENTIDADES / LIBERTAD RELIGIOSA / MAYORÍAS Y MINORÍAS / PRINCIPIOS Y VALORES CONSTITUCIONALES / TOLERANCIA

MÚSICA Y POLÍTICA

Nuestro libro *La Música, contexto y pretexto en la Historia* es una compilación de ensayos publicados como artículos en los diarios, revistas y suplementos culturales del Perú y del extranjero. Estos textos fueron recopilados por la RACMYP, en edición que dediqué a mis padres Raúl Ferrero Rebagliati y Yolanda Costa Elice de Ferrero. Me honró con el prólogo Javier Pérez de Cuéllar, ex secretario general de la ONU y ex presidente del Consejo de Ministros del Perú, fechándolo el día que cumplió 89 años. Lo escrito en estas hojas se basa en nuestras experiencias personales vinculadas con la lectura, la concurrencia a conciertos, óperas y recitales, visitas a lugares históricos en nuestros viajes, y el hallazgo de documentos históricos auténticos, escritos y firmados por grandes personalidades, compositores y artistas, que conservamos. Aunque todos los ensayos del libro se basan en datos precisos, estos son amenizados con curiosidades y anécdotas. Y es que, como señaló Próspero Merimée, autor de la novela corta que ha quedado inmortalizada en una de las óperas más populares del repertorio musical, *Carmen* de Bizet: «La historia solo ama las anécdotas».

El mundo de la música es infinito. Habrá siempre nuevas creaciones que irán ensanchando la imaginación y los rastros de individualidad. La obra musical, en cambio, es finita y se circunscribe a la vida y composiciones del autor. Aquí se mencionarán la vida y obra de algunos personajes que tuvieron relación no solamente con el arte musical, sino también con la política. Se revelará, de este modo, la faceta oculta o desconocida de estos grandes hombres.

En el caso del Emperador ruso Iván el Terrible –quien vivió el tiempo de Lutero, de la Contrarreforma y de San Ignacio de Loyola en lo religioso, de Miguel Ángel en lo artístico y de las grandes conquistas españolas en lo político–, es sabido que, por un lado, fue un gran soldado y diplomático, y por otro, un tirano de extremada crueldad. Sin embargo, este personaje también destacó como hombre con inclinación al arte y a las letras. Fue músico, escritor y pedagogo. Desde su niñez fue un gran amante de la música coral, la cual era cantada solo por hombres. Las composiciones musicales de su autoría son canto en forma eclesiástica; vivaz y muy colorida, a pesar de su carácter unísono y monofónico como toda la música rusa antigua. En sus composiciones resalta el fraseo y la clara pronunciación.

El Diccionario de música *Grove* consigna que, durante la época de este gobernante, escuelas enteras de cantantes fueron transferidas de Novgorod a Moscú. Registra que el mismo Iván fue compositor y que por lo menos son de su autoría dos himnos. Sin embargo, no solo su existencia como buen compositor estuvo vinculada a la música; también su figura histórica, que ha sido tema para muchas piezas musicales.

En el caso de Enrique VIII, Rey de Inglaterra que gobernó 38 años en el siglo XVI y que dejó el recuerdo de seis esposas –dos de ellas ejecutadas cruelmente–, llama mucho la atención que haya tenido la sensibilidad de componer música. El monarca le dio a la música un lugar preponderante en su vida y en la corte. Ello se notó a partir del banquete de coronación, en el cual cantaron algunos niños

desde un estrado, mientras otros tocaron la flauta y el clavicordio. Durante su reinado, se escenificaron varias obras y otros entretenimientos. Así, la música formó parte natural de la vida palaciega y en las reuniones entre jefes de Estado, torneos, cenas y otras ceremonias. Tuvo una importante colección de instrumentos musicales. Empero, para la historia de la música, lo que cabe resaltar es el mecenazgo que ejerció en favor de los compositores de su época y la actividad que él mismo realizó como autor.

De sus obras, han sobrevivido 34, de las cuales 16 son música vocal y 18 música de cámara. Veinte de sus composiciones son, en realidad, arreglos de música compuesta con anterioridad. Los instrumentos empleados son laúd, espineta, violón y flautas. Se dice que el primero lo tocaba con verdadera excelencia y que dominaba también el segundo y el órgano, que gustaba ejecutar cantando en registro alto. Se afirma también que compuso dos misas. Muchos testimonios de su tiempo dan cuenta del placer que sentía el Rey en la creación musical. Un documento veneciano da fe que en una ocasión tocó un instrumento, cantando y bailando al son de la música. Cuando visitó Venecia, escuchó tocar durante cuatro horas al organista de la catedral de San Marcos.

En el caso de Federico II el Grande –quien ascendió al trono a los 28 años– se sabe que fue precursor de una serie de reformas gubernamentales y fundó instituciones culturales, como la Ópera de Berlín. Además de sus méritos como político, militar y codificador, las extraordinarias capacidades de Federico se trasladaron también al ámbito musical. Mostró calidad como flautista, compositor y libretista. Se dice que como ejecutante estaba muy por encima del promedio, especialmente en los adagios. Como muchas veces escribía melodías que eran desarrolladas por otros músicos, es difícil determinar el número exacto de sus composiciones. Naturalmente, predomina su música para flauta, como las grabaciones de conciertos para flauta y orquesta, además de sus sinfonías, las cuales se configuran como elocuentes ejemplos del desarrollo de su musicalidad. Sin embargo, quizás lo más importante es que una melodía de Federico fuera trabajada por uno de los más grandes genios de la música en una de sus obras sublimes. En efecto, en su *Ofrenda musical*, Juan Sebastián Bach desarrolló un tema que el Rey creó y que el insigne compositor improvisó en una visita a Potsdam en 1747.

Por su parte, a Juan Jacobo Rousseau, ilustre pensador vinculado a la filosofía y la literatura e, indisolublemente, a la Revolución francesa al consagrarse como uno de sus precursores, no le fue ajena la creación artística, específicamente en el campo musical. Según afirmaba, enseñando la música fue aprendiéndola sin percatarse. La ópera de Rousseau ha sido considerada por los críticos como profundamente sentida. Afronta sentimientos sociales que ubican al autor como profeta de su tiempo. Y es que, para Rousseau, la música es el lenguaje de los sentimientos.

Rousseau, el admirado pero controvertido, también compuso sinfonías, sonatas, motetes y diversas canciones, y escribió muchos libros y ensayos musicales; entre ellos, una disertación sobre la música moderna, diversas cartas relacionadas con el tema y, destacadamente, su Diccionario de Música. Somos de la opinión de que la obra de Rousseau alcanza verdadera trascendencia al ser tomada como modelo por Mozart. Más aún cuando una de sus arias mereció la atención de Beethoven, quien compuso *El aria de*

Colin para tenor, piano, violín y violonchelo.

Benjamín Franklin fue una personalidad multifacética. Además de notable hombre de Estado, fue editor, filósofo, científico, pintor y músico. En lo político, fue uno de los firmantes de la Declaración de la Independencia de los Estados Unidos de América –por la cual luchó denodadamente– y de su Constitución política. Fue gobernador de Pennsylvania y organizó el centro de enseñanza que es hoy la universidad que lleva el nombre de ese Estado. Como ministro plenipotenciario, le tocó representar a la flamante nación americana ante la corte de Versalles de Luis XVI, y abogó por la libertad de los esclavos ochenta años antes de que esta fuera declarada por Lincoln, y expresó su espíritu pacifista en la célebre frase: «Nunca ha habido una buena guerra ni una mala paz».

En lo musical, era conocida su habilidad para tocar el violín, la guitarra y el arpa; y fue, asimismo, compositor. Ha salido a la luz una grabación de los primeros cuartetos de cuerda compuestos en los Estados Unidos de América, y entre ellos ha aparecido una suite de pequeñas danzas ejecutadas por tres violines y un violonchelo, atribuida a Franklin. Si bien se trata de música sencilla, con sabor regional, la obra revela la personalidad del autor y lo eleva a un sitial de conocedor de formas más sofisticadas de composición.

Empero, para la Historia de la música, no sería su actividad como ejecutante ni como compositor la que iluminaría sus páginas, ni tampoco la que desplegó como editor de partituras originales o la que realizó como crítico musical y estético a través de sus cartas, sino, curiosamente, la de inventor. En efecto, Franklin llegó a crear un instrumento musical llamado armónica, consistente en una serie de campanas de cristal graduadas, con reminiscencias de la celesta. La armónica de cristal causó el gusto sensorial que produce el sonido de los cristales y hasta la musicalidad que expiden al ser acariciados con los dedos. Por ello ha sido denominada «querubín en una caja». Incluso, fue calificada poéticamente por Goethe, como «la sangre del corazón del mundo». Para honra de Franklin, Mozart compuso obras para el instrumento, como su *Adagio en do mayor K. 356* y su *Adagio y rondó en do menor para armónica de cristal, flauta, oboe, viola y violonchelo K. 617*. Son dos piezas compuestas en el último año de su vida y que son consideradas entre sus más grandes obras.

El título de este breve texto es aplicable de manera especial a la influencia del artista germano Richard Wagner, cuyas composiciones fueron tomadas por los nazistas en Alemania para enardecer a la plebe. Fue por esta razón que sus obras fueron proscritas en Israel, pues hacían recordar a los judíos la influencia que ejercieron cuando imperaron en territorio alemán con los históricos directores Furtwängler, Knappertsbusch y von Karajan. Otro fenómeno que debe destacarse entre estos tópicos es el de la influencia de Ignacy Jan Paderewski, prominente músico que fue primer ministro de Polonia y profesor de piano de Witold Malcuzynski.

Dadas las diferencias espaciales y temporales de los sorprendentes músicos –y políticos– a los que hemos hecho referencia en estas páginas, resulta conveniente finalizar cuestionándonos lo siguiente: ¿cuál es entonces el elemento común que permite identificarlos? Una respuesta a tal pregunta puede ser formulada en los siguientes términos: *la pasión por la música*. Es, precisamente, esta pasión la que hemos intentado

plasmar en estas páginas con la esperanza de que su lectura resulte como una sinfonía amable, enriquecedora y serena. Y es que, como enunció Federico Nietzsche: «Sin música, la vida sería un error».

BIBLIOGRAFÍA

Ferrero Costa, A.: *La música, contexto y pretexto en la Historia: Selección de ensayos*. Madrid: RACMYP, 2009.

Nota del autor: *Para nosotros, son verdaderas reliquias los autógrafos obtenidos en tablas de madera de Benjamin Britten, compositor; Karl Böhm, director de orquesta; Arthur Rubinstein y Witold Malcuzynski, pianistas; Leonid Kogan y Ruggiero Ricci, violinistas; Pablo Casals y Mstislav Rostropovitch, violonchelistas; Maria Callas y Birgit Nilsson, sopranos; Luciano Pavarotti, Plácido Domingo, José Carreras, Luis Alva, Ernesto Palacio y Juan Diego Flórez, tenores; así como valiosos e históricos autógrafos de estadistas, científicos e intelectuales de gran relevancia. También, hemos coleccionado documentos firmados por músicos (Cherubini, Rossini, Liszt, Mendelssohn, Verdi, Wagner, Brahms, Tchaikosvky, Berlioz, Gounod, Bizet, Saint-Saëns, Bruch, Franck, Debussy, Mascagni, Leoncavallo, Richard Strauss, Sibelius, Clara Schumann, Pauline Viardot y Alma Mahler); pintores y escultores (Monet, Fantin-Latour, Delacroix, Chagall y Rodin); literatos (Victor Hugo, Dumas padre e hijo, Julio Verne, Anatole France, Zola, Hermann Hesse, Oscar Wilde, D'Annunzio, D'Amicis, Chocano y Valdelomar); entre otros. Recientemente, hemos reunido autógrafos de papas, reyes, virreyes y presidentes de relieve, así como documentos correspondientes a cien años de la historia de Francia como son los autógrafos originales de Napoleón y de toda su familia y contemporáneos importantes, publicados en nuestros libros* Napoleone e il Peru *y* Napoleón ¿Un emperador para el Perú?

Augusto Ferrero Costa
Miembro de la Academia Peruana de Ciencias Morales y Políticas
Académico correspondiente de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas
Magistrado del Tribunal Constitucional del Perú

VER TAMBIÉN: ARQUITECTURA Y POLÍTICA / ARTE Y POLÍTICA / CINE Y POLÍTICA / DIPLOMACIA / IBEROAMÉRICA / POLÍTICA CULTURAL / REAL ACADEMIA DE CIENCIAS MORALES Y POLÍTICAS

NACIÓN Y NACIONALISMO

Con razón escribe Leon Duguit que la nación es «un fenómeno de infinita complejidad». Concepto polisémico donde los haya, únicamente parecen seguras la etimología *(nascor)* y el uso en las universidades bajomedievales para designar a los estudiantes según su lugar de procedencia. A partir de ahí, todo son disputas acerca de la nación como base sociológica del Estado moderno. El debate sobre los orígenes tiene, a mi juicio, una respuesta sencilla: en términos metafóricos de E. Hobsbawm, predomina el «evolucionismo» sobre el «creacionismo». Dicho de otro modo: las grandes naciones históricas (España incluida) no tienen fecha de cumpleaños, al margen del discurso de los nacionalismos construido *ex post*.

El siguiente debate es más complejo. Determinar qué requisitos son necesarios para la existencia de una nación es jugar en terrenos de arenas movedizas. He aquí una relación que dista mucho de ser exhaustiva:

1. Una *cultura* propia convertida a veces en fetiche: literatura, paisaje, música popular, tradiciones…; todo ello al gusto del Romanticismo y su teoría del Espíritu del Pueb*lo (Volksgeist).*
2. Una *historia* común, muchas veces mitificada, con sus héroes y sus hazañas, que configuran «comunidades imaginadas» (B. Anderson).
3. Una doctrina de apariencia *científica* sobre el territorio (las «fronteras naturales» de la Geopolítica expansionista) y el pueblo (el mito del «carácter nacional», con sorprendentes secuelas en Margaret Mead y otros antropólogos sociales).
4. La influencia de la *religión,* presente en las «esencias» nacionales de Irlanda o Polonia o en las batallas de la Reforma en Alemania o Inglaterra contra el enemigo religioso exterior, el Papado.
5. La influencia de la *economía,* es decir, del mercado nacional o el proteccionismo industrial, muy destacada a partir de los estudios de von Liszt.
6. Por supuesto, la *lengua,* suprema seña de identidad para Herder, Fichte y tantos otros, y también, como es notorio, en la retórica de los nacionalistas periféricos españoles.
7. En el peor de los casos, la *raza* (con cita obligada de H. S. Chamberlain, el conde de Gobineau y tantos otros) y sus dramáticas consecuencias en la Historia del siglo XX.
8. En el plano *sociológico* es importante destacar el proceso de nacionalización como fórmula para vertebrar a las masas (E. Weber, G. Mossé), que se ha revelado mucho más eficaz que las ideologías revolucionarias. Basta recordar el ejemplo de Rusia, desde la «revolución universal» de los *soviets* a la Gran Guerra Patria.

Todo ello sin olvidar el elemento *psicológico*, la *voluntad* de ser nación, expresada en teorías mil veces repetidas: la nación como «plebiscito cotidiano» (E. Renan) o como «proyecto sugestivo de vida en común» (Ortega).

Conviene no olvidar que la voz «nación» es utilizada en múltiples sentidos no siempre concordantes. En Derecho Internacional, *nation* funciona como sinónimo de Estado: League of Nations o United Nations, organizaciones cuyos miembros son –evidentemente– Estados, con independencia de que sean o no también naciones. El propio *Internatio-*

nal Law, inventado por Bentham, debería ser en rigor *Staatenrecht*, según lo llamaba Kant. El principio de las nacionalidades (en sentido doctrinal, P. E. Mancini, o político: Lenin o W. Wilson) añade confusión al concepto. Lo mismo ocurre con la voz «nacionalidad» del art. 2 CE, como entidad titular, junto con las regiones, del derecho a la autonomía. Es de sobra conocido el debate que agota todas las energías políticas y doctrinales sobre este asunto. Para resumirlo, basta invocar la STC 31/2010, discutible en otros aspectos, cuando concluye que «no hay otra nación que la española» en sentido político y constitucional.

Analizados como realidad sociológica, los Estados se configuran a partir del Renacimiento sobre una base nacional. A la inversa, la eficacia constitutiva del Derecho y la educación generalizada desde el siglo XIX contribuyen decisivamente a crear un sentimiento nacional. A ello se suman las circunstancias específicas de cada caso. Así, la lucha contra el poder colonial, en Estados Unidos (1776) y en las Repúblicas iberoamericanas. Los símbolos nacionales frente al Antiguo Régimen absolutista: la Bastilla, la «Marsellesa» o la bandera tricolor. La reacción patriótica, tanto liberal como «servil», frente a la invasión napoleónica en España. Hasta tal punto es polifacética la influencia del sentimiento nacional y su traducción política, el nacionalismo, que unas veces predomina el elemento romántico (Alemania) y otras el liberal (Italia), pero la conclusión es siempre la misma: toda nación, escribe Max Weber en *Economía y sociedad*, tiende *normalmente* a la formación de un Estado propio. El propio Weber hace notar la otra faceta del asunto: a la vista de la indefinición sociológica, la cualidad de nación se adquiere por la estatalidad, sea real o potencial. Por lo demás, el nacionalismo conduce a la unificación lo mismo que a la disgregación, como es evidente en el caso de los Imperios austro-húngaro y otomano y, bien recientemente, de otro Imperio no reconocido como tal, la Unión Soviética, o en el final traumático de la antigua Yugoslavia.

La distinción entre nacionalismo y patriotismo está muy extendida en la Teoría Política contemporánea. En puridad, el amor a la Patria cuenta con fuertes raíces en el pensamiento conservador, pero también en el liberal (recuérdese la Constitución de Cádiz) y en el republicano (como reflejan los estudios actuales sobre la idea de *pro patria mori* en Cicerón, etc.). El nacionalismo, en cambio, no sale bien parado del debate ideológico: el reproche principal es que pretende identificar la parte con el todo y habla en nombre de una Comunidad con una sola voz y una sola conciencia. Ser «nacionalista» no es una opción política libremente aceptada, como ser conservador o socialista, sino formar parte de una esencia que deriva fácilmente en la exclusión del «otro» (J. P. Fusi). Así pues, aunque la nación nace políticamente como concepto progresista frente al absolutismo, concebida desde el nacionalismo corre grave riesgo de traducirse en un concepto excluyente (hacia el interior) y agresivo (hacia el exterior). En la expresión concluyente de Ortega, refleja siempre una «nostalgia del rebaño» poco propicia para la libertad individual. No obstante, conviene tener muy presente en esta conflictiva materia que el lenguaje político es por naturaleza ambiguo y polisémico y se utiliza como arma arrojadiza frente al adversario. Cabe, por ello, una lectura diferente. En sentido constitucional, nación equivale a ciudadanos que viven juntos bajo las mismas leyes, y de ahí su condición de titular «permanente, irrenunciable y perpetuamente actual» del poder constituyente (Sieyès). Así se manifiesta en la vigente Constitución Española: «la

Nación española en uso de su soberanía…» (preámbulo); «España se constituye…» (art. 1.1); «… unidad indisoluble (…), patria común e indivisible» (art. 2). Por eso dice la STC 76/1988 que la Constitución «no es el resultado de un pacto entre instancias territoriales históricas (…) sino una norma del poder constituyente que se impone con fuerza vinculante general en su ámbito».

En la literatura académica, predomina la tesis de las naciones como fenómeno contingente y del nacionalismo como ideología surgida en la Europa del XIX (Kedouri). Se utiliza con frecuencia la teoría, brillante aunque discutible, de las zonas o husos horarios (Gellner), que distingue, en el caso europeo: una zona atlántica de nacionalismo innecesario, porque allí han surgido los Estados nacionales modernos (España entre ellos); otra centro-occidental, con dos modelos opuestos: el italiano («benigno y liberal») y el alemán (con ecos incluso totalitarios); sigue la zona centro-oriental, el Imperio austro-húngaro, escenario de los desastres causados por un nacionalismo brutal; el periplo termina en Rusia, donde –según esta tesis– el sistema zarista y el soviético han conseguido «ahogar» la ideología esencialista; otra cosa sucede, habría que añadir, con el «régimen» de Putin. En fin, desde una perspectiva interesante, aunque lastrada por su tendencia hacia la etnohistoria, A. D. Smith estudia el nacionalismo como «fusión de un sentimiento preexistente de origen y elección étnicas con los ideales revolucionarios de participación popular y autonomía avanzados por las clases medias y los intelectuales». En resumen, la valoración política es ciertamente confusa: reaccionario para muchos, a veces sanguinario, el nacionalista puede presumir en algún caso de confluencia con el constitucionalismo liberal; fue rechazado y utilizado por el marxismo según la coyuntura y es visto con simpatía a día de hoy por ciertos sectores de la izquierda que encuentra en las identidades (más o menos) minoritarias un paliativo a la pérdida del proletariado industrial como base sociológica para su mensaje ideológico.

Lo cierto es que nación y nacionalismo gozan de buena salud en la Teoría Política actual, al margen de preferencias personales; incluso el llamado «nacionalismo banal» (p. ej. en el ámbito deportivo). Bien lo sabemos en España, donde el eterno debate existencial acerca de las cuestiones territoriales da lugar a largas disquisiciones sobre «nación de naciones» o «naciones sin Estado», más fáciles de analizar en la coyuntura política que en el mundo abstracto de las Ideas. Es cierto, en todo caso, que (citando de nuevo a Gellner) Estado y Nación tienden a ser «congruentes». Al margen de la globalización, la nación sigue siendo centro y eje de la legitimidad democrática. Es digno de una seria reflexión que, en pleno siglo XXI, una construcción artificial de las burguesías del XIX, con el apoyo «espiritual» de los intelectuales, siga siendo objeto de pasiones y sentimientos exaltados. Es un buen motivo para desconfiar de las «emociones políticas», ajenas por su propia naturaleza al mensaje frío y racionalista del cosmopolitismo.

BIBLIOGRAFÍA

Anderson, B.: *Comunidades imaginadas*. México: Fondo de Cultura Económica, reed. 2017.

Berlin, I.: *Sobre el nacionalismo*. Madrid: Página Indómita, 2019.

De Blas Guerrero, A.: *Nacionalismo y naciones en Europa*. Madrid: Alianza, 1994.
Fusi, J. P.: *La patria lejana. El nacionalismo en el siglo XX*. Madrid: Taurus, 2016.
Gellner, E.: *Nacionalismo*. Barcelona: Destino, 1998.
Hobsbawm, E.: *Naciones y nacionalismo desde 1870*. Barcelona: Crítica, 1991.
Kedouri, E.: *Nacionalismo*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1985.
Pendás, B.: *Teorías Políticas para el siglo XXI*. Madrid: Síntesis, 2007 (capítulo 1.º) [El texto procede en buena medida de esta publicación].
Renán, E.: *¿Qué es una Nación?* (1882). Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1957.
Smith, A. D.: *Nacionalismo. Teoría, Ideología, Historia*. Madrid: Alianza, 2004.
Tilly, C.: *The formation of National States in Western Europe*. Princeton: Princeton University Press, 1975.

Benigno Pendás
Académico de Número y Vicepresidente de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas. Catedrático de Ciencia Política de la Universidad CEU-San Pablo
Ex Director del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales

VER TAMBIÉN: DEMOCRACIA / EMOCIONES POLÍTICAS / ESTADO / ESTADO DE LAS AUTONOMÍAS / ESTADO FEDERAL / GLOBALIZACIÓN / HISTORICISMO Y ESCUELA HISTÓRICA / IDENTIDADES / NACIÓN ESPAÑOLA / NACIONALIDADES / SOBERANÍA NACIONAL Y POPULAR

NACIÓN ESPAÑOLA

Es posible identificar dos tipos ideales, al modo weberiano, de comunidad nacional. El primero reflejaría el impulso constructor del poder político, especialmente del Estado, a lo largo de la historia. En este sentido, el Estado Moderno sería la instancia capaz de generar una primera comunidad de signo nacional en la forma de pre-nación o nación dinástica que el paso del tiempo transformaría en un modelo de nación política con materialización en los casos de Francia, Inglaterra primero, Gran Bretaña después, o España. Posteriormente habrá de surgir un segundo modelo de nación impulsado por singularidades étnicas y culturales. En este caso, sería Alemania el ejemplo más notable. La distinta génesis de las realidades nacionales no oculta la posibilidad de que la nación política adopte rasgos propios del segundo tipo de nación, de modo semejante a que la nación cultural se aproxime en su evolución histórica a los rasgos propios de la nación política. La que, andando el tiempo, tras la revolución liberal, sería más preciso caracterizar como nación cívica.

El caso español responde muy claramente al primer modelo de nación. Es el Estado moderno surgido con el reinado de los Reyes Católicos y continuado con la Monarquía de los Austrias el impulsor de una comunidad política capaz de integrar al conjunto de los españoles en un cuerpo político que haga más fácil la vida del Estado. Esta pre-nación o nación dinástica española juega además con el antecedente histórico de formas de integración peninsular facilitadas por la presencia romana, la experiencia de la Monarquía visigótica o la dinámica unitaria que conoce el largo período de la Reconquista. Igualmente, se traduce esta comunidad política en una comunidad cultural de la que es exponente la vida literaria de los siglos XVI y XVII.

Esta embrionaria realidad nacional tiene un momento de intenso desarrollo con la etapa de la Ilustración a lo largo del siglo XVIII. Para llevar adelante el proceso de reformas impulsado por este momento de nuestra historia, resulta especialmente funcional una idea de patria española que hará suya el grueso de los ilustrados españoles. Este interés en la idea de patria española será heredado por las protagonistas de la revolución gaditana en los inicios del siglo XIX. El hundimiento de la Monarquía tradicional con ocasión de la invasión napoleónica va a depositar en la nación española el poder de un viejo orden político súbitamente desmoronado. La guerra de Independencia es una guerra compleja en la que se manifiesta la defensa de la religión y los valores tradicionales contra el espíritu innovador de la Monarquía josefina; es además una guerra internacional, la «*Peninsular War*», en la que se enfrentan en suelo español Gran Bretaña y Francia. Pero es además una guerra nacional en que el pueblo español lucha por su libertad contra el invasor exterior.

El liberalismo posterior de la primera mitad del siglo XIX hará suyo un discurso nacional presente tanto en el liberalismo moderado como en el progresista y visible también en la cultura y la literatura del período, tal como se manifiesta en el teatro romántico o en un escritor tan notable del momento como Mariano José de Larra. Este impulso a favor de una nación española, definida ahora como una comunidad de ciudadanos en defensa de

un orden de derechos y libertades, como una nación cívica de conformidad con el nuevo modelo de nación impulsado por las Revoluciones norteamericana y francesa, sobrevivirá al desarrollo de unas guerras carlistas que no ponen en cuestión una realidad nacional que aspiran a dirigir tanto los defensores del liberalismo como de la tradición. El sentimiento de piedad en relación a la idea de España que anima al carlismo no resulta un discurso nacional tan neto como el que anima a los defensores del ideal liberal, pero en absoluto cuestiona una realidad nacional española compartida por ambos bandos.

Tras la experiencia de la Gloriosa, la Restauración va a conocer un momento de unanimidad en la identificación y lealtad a una nación española. El Partido Conservador liderado por Cánovas del Castillo hará del protagonismo de la nación, entendida con un acento conservador de inspiración burkeana, una de sus más sentidas banderas políticas, del mismo modo que lo hará el Partido Liberal dirigido por Sagasta como heredero de la Revolución del 68. Pero resulta significativo que la tradición liberal-democrática extramuros del régimen, representada por el movimiento republicano, comparta la lealtad a la nación española tanto en su vertiente más moderada, representada por Emilio Castelar, como en su propensión populista encarnada en la personalidad de Ruiz Zorrilla, como en su versión federal dirigida por F. Pi i Margall. Pero más allá de la unanimidad de los políticos, hay que destacar la general coincidencia del establecimiento cultural de la Restauración, de la universidad a los grandes periódicos nacionales pasando por los principales escritores de la segunda mitad del siglo (B. Pérez Galdós, Clarín, J. Valera, P. A. Alarcón, E. Pardo Bazán…) con esta conciencia nacional dominante en el período.

La segunda mitad del XIX va a conocer una notable complicación de la cuestión nacional española como consecuencia de la emergencia de un catalanismo político y un nacionalismo vasco que cuestionan la existencia hasta entonces indiscutida de la nación española. En todo caso, el catalanismo político practicará a lo largo del período un notable equilibrio entre la construcción de la nación catalana y su interés nunca abandonado por la participación en la política española. Los rasgos de mayor radicalidad del nacionalismo sabiniano en el País Vasco vendrán atenuados por la más modesta presencia de este nacionalismo en el conjunto de la política vasca. Dentro de ella, la posición claramente españolista de la gran burguesía y la actitud contraria al nacionalismo vasco del socialismo y el republicanismo habrá de suponer un freno a la protesta sabiniana. En todo caso, la causa de la nación española tendrá que enfrentarse a partir de este momento al reto de la integración de estos sentimientos disgregadores.

La crisis del 98 habrá de dar origen a un renovado interés en la nación española. El complejo movimiento regeneracionista hará de la demanda de modernización y europeización de España su principal objetivo político a cuyo servicio debe ponerse en juego la movilización de los recursaos nacionales. Pero junto a este movimiento y su continuación en la generación del 98 y en la tradición democrática del primer tercio del siglo XX, la década de los veinte y los treinta será testigo del desarrollo de una visión de la nación española de orientación conservadora y reaccionaria con claros antecedentes en el pensamiento más conservador del siglo pasado. Una visión de la nación española propia de los «nacionalistas» que habrá de perdurar en la Segunda República al calor de Acción Española y el surgimiento de partidos de

inspiración ultraconservadora y fascista. Un tipo de nacionalismo que en la forma preferente de nacional-catolicismo habrá de inspirar a la dictadura del general Franco a lo largo de buena parte de su existencia.

El proceso de Transición a la democracia, y tras un proceso de confusión inicial fruto de la herencia de la dictadura y la falta de una reflexión adecuada por parte de una izquierda apresuradamente reconstruida tras la muerte del dictador, dará origen al pacto en torno a la cuestión que supone la Constitución de 1978. En ella, siguiendo el antecedente del Estado integral construido por la Constitución republicana de 1931, se procederá a una amplia reforma de la planta política del Estado en la forma de Estado de las Autonomías, al tiempo que se lleva a cabo un explícito reconocimiento de la nación española en convivencia con unas nacionalidades y regiones que pueden desarrollarse en su seno. Culmina así un pacto que pone punto final a un proceso no tan antiguo como en ocasiones se ha pretendido, pero que ha estado presente en la vida de la nación española desde la segunda mitad del siglo XIX.

BIBLIOGRAFÍA

Álvarez Junco, J.: *Mater Dolorosa*. Madrid: Taurus, 2001.

Fusi, J. P.: *España. La evolución de la identidad española*. Madrid: Temas de Hoy, 2000.

Morales Moya, A.; Fusi, J. P.; De Blas Guerrero, A., dirs.: *Historia de la nación y del nacionalismo español*. Barcelona: Galaxia Gutemberg, 2013.

Moreno Luzón, J., ed.: *Construir España*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

Moreno Luzón, J.; Núñez Seixas, X. M.: *Ser españoles. Imaginarios nacionalistas en el siglo XX*. Barcelona: RBA, 2013.

Varela, J.: *La novela de España*. Madrid: Taurus, 1999.

VV. AA.: *España. Reflexiones sobre el ser de España*. Madrid: Real Academia de la Historia, 1997.

Andrés De Blas Guerrero
Catedrático Emérito de Ciencia Política
Universidad Nacional de Educación a Distancia

VER TAMBIÉN: CONSTITUCIONALISMO HISTÓRICO ESPAÑOL / DEMOCRACIA / EMOCIONES POLÍTICAS / ESTADO / ESTADO DE LAS AUTONOMÍAS / ESTADO FEDERAL / GLOBALIZACIÓN / HISTORICISMO Y ESCUELA HISTÓRICA / NACIONALIDADES / SOBERANÍA NACIONAL Y POPULAR

OPOSICIÓN POLÍTICA

El concepto oposición política se vincula al proceso de nacimiento e implantación del Estado liberal, si bien adquiere relevancia política pero también mayores retos con el desarrollo de los sistemas políticos liberal-democráticos. Desde el siglo XVIII, el sistema parlamentario de Gran Bretaña reconoce e institucionaliza la llamada *muy leal oposición de Su Majestad,* que se atribuye al segundo partido, el cual fiscaliza la acción del gobierno del monarca reinante y al tiempo desempeña un papel esencial para el Estado. En efecto, la leal oposición desempeña sus servicios para el sostenimiento de dicho Estado al mantener fuera de la lucha partidista acuerdos políticos, económicos y sociales para así dotarle de estabilidad, ya que al tiempo garantiza su salvaguarda si accediera al gobierno.

Este concepto se extendió a todos los países de la Commonwealth, y también ha sido aplicado en sistemas parlamentarios en determinados momentos históricos al segundo partido mayoritario y principal partido de la oposición. Cuando se produjo la primera alternancia política de la Transición, el presidente de las Cortes en la II Legislatura, Gregorio Peces-Barba, reconoció en Manuel Fraga, el líder del segundo partido nacional, el atributo de jefe de la leal oposición de Su Majestad, quién así lo asumió. Desde entonces, 1982, el Partido Socialista Obrero Español como partido de gobierno y Alianza Popular, luego Partido Popular, como partido de la oposición, forjaron varios consensos básicos e imprescindibles para el funcionamiento del Estado hasta los primeros años del siglo XXI.

La institucionalización y consolidación de la oposición política constituye un elemento clave desde el punto de vista constitucional y desde la Ciencia Política en cuanto a su funcionamiento, a sus funciones y límites en los sistemas democráticos. Sin embargo, la mayoría de los estudios se han centrado en los análisis de casos concretos en sistemas políticos democráticos (Blondel, Kolinsky) y en menor medida apenas se han ocupado del papel de la oposición política en los regímenes autoritarios o dictaduras, materia que como es lógico constituye un asunto esencial. En efecto, es menester destacar la contribución de la oposición a lo que A. Stepan denominó proceso de *erosión autoritaria*, lo que requiere también analizar tanto las relaciones de la oposición en los citados regímenes no democráticos, como las múltiples funciones y tareas que en estos procesos de *erosión* desempeña dicha oposición.

La actividad de la oposición política es indispensable en los sistemas de gobierno democráticos y esta comienza en el ámbito electoral al informar a los votantes y también cuando recluta candidatos y elabora un programa para garantizar una alternativa. Sin embargo, el papel de la oposición política se hace impreciso cuando se generan diversas soluciones políticas: por ejemplo, cuando los partidos de la oposición apoyan en momentos concretos al gobierno, pero también cuando dichas organizaciones políticas se oponen al gobierno, o cuando los partidos de la oposición otorgan apoyo estructural a un gobierno en minoría, o también cuando el gobierno prevé una oposición mayoritaria en otra institución de gobierno. Estos son algunas de las numerosos y diversos tipos de las prácticas políticas de la oposición en sistemas democráticos y competitivos.

Por ello, el reto más relevante acerca de este concepto se manifiesta en la práctica política, cuando los votantes, al conocer estas diversas funciones de la oposición política, con frecuencia piensan que el sistema no les ofrece una opción significativa. ¿Explicaría ello que la investigación académica se haya centrado en el análisis de casos y en menor medida en las cuestiones teóricas de este concepto? En el ámbito de la Ciencia Política y en el contexto del estudio de la democracia y de su modelo ideal, la poliarquía, los modelos y axiomas de R. Dahl sobre la oposición política han concitado el mayor número de referencias y debates, ya que parte de dilemas esenciales de la democracia que carecen de acuerdo mayoritario. En concreto, ¿cuánta oposición es deseable que tenga el sistema democrático y de qué tipo debe ser esta?, y también, ¿cuál es el mejor equilibrio entre consenso y disenso?, o también, ¿por qué existe tanto debate y dilema al respecto? La respuesta es compleja, pero se explicaría porque cuando se juzgan los diversos modelos de oposición política se deberían utilizar criterios teniendo en cuenta los considerados habituales objetivos y valores democráticos de cada sistema político, asunto que presenta en la práctica matices relevantes.

De hecho, Dahl establece ocho preguntas sobre los rasgos que utiliza con mayor énfasis cada particular modelo de oposición política, que permiten mostrar la complejidad y diversidad de esta relevante institución en los diversos sistemas democráticos. ¿Cuál es el grado de libertad de pensamiento y expresión que permite que las minorías disientan y que haga posible que otros ciudadanos y los legisladores conozcan la posición de dichas minorías? ¿Hay oportunidades para que los ciudadanos participen en la vida política? Cuando se manifiesta un conflicto político, ¿el control sobre las decisiones del gobierno se hace por una mayoría o por una minoría de ciudadanos, votantes y electos? En el proceso de discusión y toma de decisión sobre un tema, ¿tienen los ciudadanos y los líderes suficiente conocimiento de los objetivos y de lo que significa? En el citado proceso de debate y decisión sobre las soluciones, ¿se minimiza el tamaño, rechazo o coacción hacia las minorías perdedoras y al tiempo se amplía el número de ciudadanos que concluye que sus objetivos han sido alcanzados de forma satisfactoria con la solución adoptada? ¿Se reduce la violencia política y se gestionan de forma pacífica los conflictos? ¿Atiende el gobierno asuntos políticos que son considerados urgentes por una significativa proporción de líderes o ciudadanos y adopta soluciones satisfactorias para un mayor número de ciudadanos? Por último, ¿está extendida la confianza en la lealtad al sistema constitucional y democrático?

Aunque Dahl no niega la posibilidad de introducir otros criterios, es evidente que cualquier evaluación genera un enorme problema, ya que cada principio adoptado necesariamente tendrá efectos no deseados o costes sobre otros y es muy difícil hallar una solución óptima, más allá de clarificar algunos costes y ganancias de las diferentes soluciones. Ello explicaría que las referencias y análisis sobre la oposición política se hayan centrado en análisis de casos concretos, mostrando la enorme diversidad de situaciones y la dificultad de juzgar y evaluar la mejor opción y solución que adopte la oposición en cada momento y en cada país. El citado autor, al comienzo de su análisis sobre la *Poliarquía*, estableció tres axiomas acerca de las consecuencias sobre los gobiernos que toleran la oposición que tendrá en cuenta, entre otros aspectos, el grado de conflicto entre gobierno y oposición: 1) *La probabilidad de que un go-*

bierno tolere la oposición aumenta en la medida que disminuye el precio de dicha tolerancia, ya que suprimir la oposición tendría un coste mayor que tolerarla. 2) *La probabilidad de que un gobierno tolere la oposición crece en la medida que aumenta el precio de suprimirla,* ya que la duración y estabilidad de un sistema político depende de ambos costes. 3) *En la medida en que el precio de la supresión exceda al precio de la tolerancia, mayores son las oportunidades de que se dé un régimen competitivo*, sistema político que necesariamente requiere que gobierno y oposición tengan seguridad mutua para desempeñar cada uno su imprescindible función en los regímenes democráticos y competitivos.

BIBLIOGRAFÍA

Blondel, J.: *An introduction to political government*. London: Weidenfield & Nicolson, 1969.
Dahl, R.: *Political opposition in Western democracies*. New Haven: Yale University Press, 1965.
— *La poliarquía: participación y oposición*. Madrid: Tecnos, 1989.
Kolinsky, E., ed.: *Opposition in Western Europe*. London: Routledge, 2016.
López Aguilar, J. F.: *La oposición parlamentaria y el orden constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988.
Sánchez Navarro, A.: *La oposición parlamentaria*. Madrid: Congreso de los Diputados, 1997.
Stepan, A.: «On the tasks of a democratic opposition», en *Journal of Democracy*, 1:2 (1990).

Lourdes López Nieto
Catedrática de Ciencia Política
Universidad Nacional de Educación a Distancia

VER TAMBIÉN: BUEN GOBIERNO / CALIDAD DEMOCRÁTICA / CULTURA POLÍTICA / DEMOCRACIA / ELECCIONES / ESTADO DEMOCRÁTICO / GOBERNANZA / MAYORÍAS Y MINORÍAS / PARTIDOS POLÍTICOS / SISTEMAS DE PARTIDOS

PARTICIPACIÓN POLÍTICA

La participación política expresa un comportamiento ciudadano esencial para el funcionamiento de la democracia. Mediante ella los ciudadanos no solo pueden tomar decisiones públicas o elegir a sus representantes, sino que también manifiestan sus demandas, plantean sus quejas y proyectan sus objetivos públicos comunes. Por ello, la participación política, en las sociedades de democracia avanzada, se ha convertido en un derecho fundamental mediante el cual se puede intervenir en el gobierno de lo público.

Se trata de un concepto ilustrado que aparece en la teoría política tanto del liberalismo como del republicanismo democrático en todas sus variantes. Sin embargo, hay que empezar señalando que la participación política no siempre ha tenido el sentido que hoy se le atribuye. En la sociedad de los antiguos, los individuos pensaban que su libertad consistía en la participación constante en los asuntos públicos, de manera que no era reconocible la diferencia entre lo público y lo privado y solo integrado en lo común tenía sentido la vida. Por el contrario, en la sociedad de los modernos, el desarrollo y el progreso han dado lugar a una clara distinción entre la esfera pública y la privada, en la que el individuo desarrolla su personalidad realmente al adquirir identidad propia y consciencia de su yo. La participación política se convierte entonces en una forma de legitimar el poder del Estado. Esta distinción entre el «mundo moderno» y el «mundo antiguo» no quiere decir que el hombre liberal renuncie a ocuparse de lo público. Benjamin Constant alerta del error que supondría hacer dejación de lo público: para ser felices, para permanecer libres, no se puede despreciar, y menos renunciar, a los derechos políticos y, por tanto, a la participación. La libertad de los antiguos estaba amenazada porque los hombres, atentos únicamente a asegurarse la participación en la vida social, despreciaban los derechos y los placeres individuales; por el contrario, la libertad de los modernos peligra porque los hombres, absortos en el disfrute de su independencia privada y la búsqueda de su interés particular, renuncian con demasiada facilidad a los derechos de participación en el poder político. Argumentos estos últimos que se parecen mucho más a las tesis del liberalismo afirmativo rawlsiano –en el que la participación ciudadana y la política deben estar conciliadas si se quieren respetar los valores democráticos–, que a las del liberalismo conservador –que mantiene una visión instrumental de los derechos políticos: el individuo donde realmente hace efectivos sus intereses es en la sociedad civil; la participación política basta con que se atenga a la elección de élites políticas profesionalizadas (Schumpeter, Sartori) que los representan y actúan en su interés.

Para el republicanismo –clásico o moderno: Pericles, Montesquieu, Rousseau, Maquiavelo, Sen, Pettit– el ciudadano por definición es un ser participativo, tanto en el ámbito de la sociedad civil como en las instituciones políticas públicas. El republicanismo desmonta los argumentos liberales por los que es perfectamente posible la realización humana tan solo en la vida privada. Puesto que el individuo es un ser social y su plena identidad se expresa cuando participa tanto en la vida privada como en la pública, la participación es consustancial a la vida en co-

munidad. Según Hannah Arendt, la democracia supone participación, diálogo y conflicto que debe afrontarse con lealtad y compromiso de todos con lo público. Es decir, que la participación en las funciones y los cargos públicos se convierte en un componente social tan importante como los derechos subjetivos.

Tanto liberales como republicanos integran la participación política en el marco de la democracia representativa –forma de gestión de lo público mediante la cual los ciudadanos (electores) conceden a otros (elegidos) un poder (mandato representativo) que les permite ocuparse de lo público–, aunque unos y otros han tenido que evolucionar en sus planteamientos originarios.

Para los primeros, reconocer el derecho de sufragio –activo y pasivo– para todos los ciudadanos en pie de igualdad no fue sencillo: las posiciones evolucionaron desde un sufragio censitario fundado en el temor a la democracia –al que evocan las célebres palabras de Tocqueville: *«tengo una inclinación racional por las instituciones democráticas (…) desprecio y temo a la multitud. Amo con pasión la libertad, la legalidad, el respeto de los derechos, pero la democracia no»*– hasta los argumentos a favor de la «civilidad» y la participación en la formación de la opinión pública, «razón pública» de Rawls.

Para los segundos, la evolución se produce en sentido contrario: desde aquellos que entendían que en democracia es necesaria una participación activa y continuada en la política que, en palabras de Rousseau, *«haga imposible la usurpación del poder»* y la *«plena identidad entre representantes y representados»,* hasta la suavización del autogobierno que sostienen neo-republicanos como Pettit cuando plantean que el objetivo de la participación ciudadana *«no es el control de la política, sino la garantía de la libertad y el fortalecimiento de la deliberación».*

La democracia representativa tal y como la conocemos en nuestros días, paradójicamente, vino a reforzar el principio democrático. Sin embargo, tanto las formas de participar políticamente como el mandato representativo no han dejado de evolucionar durante todo este tiempo.

A finales del XIX y principios del XX, pese a las resistencias de los liberales, reacios al *hombre asociado*, se produce la incorporación de los partidos como la mejor forma de organizar la participación política en las Constituciones democráticas (Triepel). Cuando la integración de los partidos políticos al funcionamiento democrático fue plena y se agudizó el *parlamentarismo racionalizado*, entre otros motivos, porque dichos partidos aplicaron la lógica *elitista* de representación –el elector da el voto al partido de su preferencia y puede vivir potencialmente desconectado de las decisiones políticas–, aparecen las teorías de la *democracia participativa y/o deliberativa* (Pizzorruso, Habermas) que ponen el acento en las posibilidades para articular, desde la democracia representativa, técnicas de democracia directa y prácticas parlamentarias que refuercen la participación de los ciudadanos y el trabajo de los representantes (referéndum, iniciativa legislativa popular, democracia directa en el nivel local, etc.)

En los últimos años, la democracia representativa ha entrado en una profunda crisis que se manifiesta sobre todo en el funcionamiento de sus instituciones. En un mundo nuevo, donde los cambios en los sectores productivos, financieros, tecnológicos y humanos son constantes, es irremediable que la sociedad incorpore nuevos valores y, lo que es más importante, que aparezcan nuevos poderes

que hacen evidente la necesidad de reactualizar la democracia. Uno de los resultados más evidentes de esa crisis ha sido el estallido social que ha llevado a muchas personas a salir a la calle y declarar que el Parlamento y sus miembros *«no les representan»*. Ante esta situación de protesta y desencanto ciudadano, junto con el funcionamiento más que discutible de algunas instituciones, se ha planteado la necesidad de hacer reformas, constitucionales o legales, que sean capaces de fortalecer la democracia representativa mediante la mejora de la participación ciudadana y la vigorización de las instituciones democráticas.

No han faltado durante estos años, en España y el resto de los países occidentales, *planes de regeneración democrática* y estrategias para *recuperar la confianza y la participación política*. Sin embargo, lo que se ha impuesto, al menos en los últimos tiempos, ha sido una *participación desencantada* que ha conducido al auge de los *populismos* y el desprecio del sistema político. Por el contrario, la participación que realmente fortalece la democracia es aquella que, como se describe en la doctrina más reciente, construye un ciudadano «reactivo»: un ciudadano que participa reaccionando ante lo intolerable cuando así lo aconseje su juicio político y, por tanto, tiene capacidad crítica para reclamar responsabilidad a los gobernantes. Para ello, ese ciudadano debe haber adquirido una cultura de lo público que le haga capaz de reconocer los diversos comportamientos políticos y haber desarrollado la suficiente asertividad y empatía con el comportamiento de los otros (Dahl). En definitiva, como han señalado los republicanos desde siempre, la *participación política* hace al individuo un ser virtuoso socialmente. El problema de los últimos tiempos es que ha triunfado el modelo neo-liberal de democracia formal que ha alejado a los individuos de lo público y el compromiso con su complejidad en una sociedad donde todo lo que no sean «soluciones» de ciento cuarenta caracteres quedan descartadas por «incomprensibles».

BIBLIOGRAFÍA

Dahl, R.: *La democracia. Una guía para los ciudadanos*. Madrid: Taurus, 1999.
García-Pelayo, M.: *El Estado de partidos*. Madrid: Alianza, 1986.
Kymlicka, W.: *Ciudadanía multicultural*. Barcelona: Paidós, 2010.
Pettit, P.: *Republicanismo. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*. Barcelona: Paidós, 1999.
Rawls, J.: *El liberalismo político*. Barcelona: Crítica, 2006.
Sartori, G.: *Elementos de Teoría Política*. Madrid: Alianza, 2002.
Shapiro, I.: *El estado de la teoría democrática*. Barcelona: Bellaterra, 2005.
Stuart Mill, J.: *Del Gobierno representativo*. Madrid: Tecnos, 1985.

Elviro Aranda Álvarez
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad Carlos III de Madrid

VER TAMBIÉN: CALIDAD DEMOCRÁTICA / DEMOCRACIA / DEMOCRACIA DIRECTA / DESAFECCIÓN POLÍTICA / ESTADO DEMOCRÁTICO / GOBERNANZA / INTEGRACIÓN POLÍTICA / LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA / PARTIDOS POLÍTICOS / REPRESENTACIÓN POLÍTICA / REPUBLICANISMO CÍVICO / SOCIEDAD CIVIL

PARTIDOS POLÍTICOS

El estudio académico de los partidos políticos es uno de los ámbitos más clásicos y consolidados en la Ciencia Política (la «estasiología» de Duverger) y solo la producción de obras sobre formaciones occidentales desde 1945 hasta 1998 supera los 11.500 títulos (Montero/Gunther/Linz). De un lado, no hay democracia real sin pluripartidismo competitivo, pero, de otro, hoy los partidos son siempre la institución más criticada por las opiniones públicas y la que ocupa por definición el escalón más bajo en todos los *rankings* sobre confianza política cívica. Es cierto que los partidos son organizaciones intrínsecamente *conservadoras* (su principal objetivo fáctico es el de sobrevivir y reproducirse), pero –a la vez– insustituibles en las poliarquías. Por lo demás, gozan de mala prensa desde que nacieron con las revoluciones liberales: se ha afirmado que dividen artificialmente a la sociedad, solo actúan en función de sus intereses y son proclives al elitismo e incluso la corrupción y, no obstante, han demostrado una extraordinaria capacidad adaptativa: en este sentido, los partidos cambian, pero no desaparecen. Pueden extinguirse algunos, pero rápidamente son sustituidos por nuevos, lo que prueba que la propuesta de Ostrogorski de *ligas* temporales sectoriales es inviable.

Para los liberales clásicos (Madison, Sieyés, Constant) los partidos eran, por definición, sospechosos; mientras que, en cambio, los conservadores (Burke) los aceptaron pragmáticamente. En la tradición marxista, la ecuación partidos/ clases sociales tendió a ser bastante mecánica y en las dos grandes ramas que surgieron de la misma (la socialdemocracia y el comunismo) hubo bastante culto a la organización como un fin en sí mismo. Hoy han decaído en gran medida las viejas funciones sociales de los partidos (socialización política, movilización de la opinión pública, articulación de intereses y legitimación del sistema), pero se han reforzado y mucho las funciones institucionales (reclutamiento de élites, organización de las elecciones, gestión institucional y formación de los gobiernos). Esta dimensión ha dado paso al fenómeno de la *cartelización* de los partidos (Katz y Mair) que ha cambiado la naturaleza de los mismos al hacerlos más dependientes del Estado que nunca. Una de las razones de esta imbricación entre los partidos y los poderes públicos radica en su financiación: depender de los recursos estatales no ha resuelto la financiación irregular y esta dependencia les ha hecho perder conexiones con la sociedad. Por otra parte, los modelos centrados en la financiación privada (por ejemplo, los Estados Unidos de América) suscitan otros problemas por la alta condicionalidad que imponen a los partidos poderosos *lobbies* privados.

Es muy amplia la literatura científica sobre los partidos (desde los pioneros como Ostrogorski, Michels y Weber) a las numerosas escuelas metodológicas tras 1945: por ejemplo, la histórica (Rokkan y Lipset), la funcionalista (Almond) o la de la elección racional (Downs). A partir de aquí se elaboraron sofisticadas tipologías académicas: partidos de cuadros y de masas (Duverger), partidos *catch-all* (Kirchheimer), partidos profesional-electorales (Panebianco), partidos antisistema (Sartori), partidos *cartel* (Katz y Mair) o partidos *businees-firm* (Hopkin y Paolucci). En general, todas las aproximaciones constatan que los partidos son

más bien reacios a la democracia interna y a la fiscalización exterior, aunque el fenómeno del fraccionalismo esté casi siempre latente. Por lo demás, frente a la interpretación de Michels (su «ley de hierro» de la oligarquía) a propósito del dominio burocrático en los partidos, en la actualidad se constata que tienen mucha más influencia los *expertos* técnicos y profesionales por las necesidades del *marketing* político.

Las estrategias de los partidos combinan en distintos grados la búsqueda de votos, cargos y políticas concretas, con variables según los sistemas electorales, la organización territorial del Estado o el tipo de relaciones entre el Ejecutivo y el Legislativo. La enésima *crisis* contemporánea de los partidos ha hecho afirmar a Mair que «la era de la democracia de partidos ha pasado». Este diagnóstico es un tanto contundente porque, a pesar de todo, los partidos siguen demostrando una alta capacidad de supervivencia, pero es cierto que se han acentuado factores negativos para los mismos por una inestabilidad política sin precedentes: crecen la abstención electoral, la desafiliación, la volatilidad y las opciones antisistema y retroceden las lealtades a los partidos tradicionales (la *party identification*) e incluso a las instituciones representativas. Por tanto, hay más desconfianza y más desalineamientos cívicos con relación a los partidos, temor a las sociedades multiculturales y a la inmigración, rechazo de la globalización y creencia en líderes populistas *salvíficos* y en mecanismos participativos directos, no representativos. En la Unión Europea, en particular, los excesos decisionales tecnocráticos y elitistas han llevado a una preocupante reacción antiliberal (Orbán como paradigma): el «método comunitario» (híperconsensual y opaco) ha contribuido a despolitizar y ello ha sido negativo, puesto que le ha entregado toda oposición a sus políticas a fuerzas euroescépticas y eurófobas.

En toda la literatura sobre la supuesta crisis terminal de los partidos planea una cierta nostalgia implícita por los viejos partidos de masas que protagonizaron la era de oro de estas organizaciones desde finales del siglo XIX hasta los años setenta de la pasada centuria. Partidos de masas que, a modo de organizaciones comunitarias, proporcionaban todo tipo de explicaciones al militante y al elector fiel que transmitían las lealtades ideológicas a los suyos de una generación a otra. Este modelo es hoy historia, entre otras causas por los notables cambios en las estructuras sociales: 1) la clase obrera tradicional es más reducida, 2) las transformaciones económicas y culturales han cambiado las percepciones de la sociedad y 3) los fenómenos *catch-all* y la *cartelización* han dado paso a otro tipo de organizaciones. Al final, nuevas líneas divisorias (por ejemplo, etno-culturales) se han acabado no solo por superponer, sino por desplazar a las clásicas (como habían sido las fracturas de clase o de confesión religiosa). Los viejos partidos han perdido a buena parte de sus bases sociales tradicionales que han acabado basculando hacia opciones populistas, en su mayoría de derecha radical, aunque el panorama occidental es más heterogéneo de lo que esta tendencia apunta puesto que persisten diferencias no menores según países. Por ejemplo, la siempre mencionada crisis de la socialdemocracia (innegable en Grecia o Francia) no se verifica con la misma intensidad en el Reino Unido o Italia y en algunos países se ha producido incluso una relativa recuperación (países ibéricos y escandinavos).

Por otra parte, siendo cierto que muchos partidos tradicionales pierden votos y militantes, se constata que los nuevos

partidos enseguida se adaptan y asumen las viejas formas de hacer política y aún más si llegan al gobierno. Esto ocurre porque el margen de maniobra en un mundo globalizado (y «europeizado» en la UE) es limitado: hay alternancias de gobierno, pero escasas alternativas de políticas muy diferentes por los constreñimientos citados. Los verdes alemanes, la izquierda radical griega o los populistas italianos de Grillo no han podido revertir en lo esencial las directrices comunitarias. Por lo demás, los nuevos partidos han renunciado a la mayor claridad de las denominaciones tradicionales vinculadas a ideologías más o menos reconocibles (conservadores, liberales, democristianos, socialistas o comunistas, por ejemplo), a la vez que rehúyen la denominación de «partidos», de ahí la proliferación de rótulos genéricos que pueden abarcar cualquier contenido: «Frentes», «Ligas», «Movimientos», «Reagrupamientos», «En Marcha», «Ciudadanos», «Podemos», «Cinco Estrellas» y otros.

Sin embargo, no hay alternativa a los partidos si se quiere una democracia competitiva: la *partitocracia* es negativa y debe ser criticada, pero el antipartidismo lleva al populismo autoritario. Por tanto, una democracia de partidos de calidad debe evitar tanto la tecnocracia elitista delegativa como la recurrente tentación de confiar en líderes mesiánicos que supuestamente actúan «en nombre del pueblo». Al final, en los procesos electorales y en la gestión de las instituciones representativas los partidos políticos siguen siendo insustituibles.

BIBLIOGRAFÍA

KATZ, R.; CROTTY, W., eds.: *Handbook of Party Politics*. London: Sage, 2006.

LAWSON, K., ed.: *Political Parties and Democracy*. Santa Bárbara: Praeger, 2010

MARTÍNEZ CUADRADO, M.; MELLA MÁRQUEZ, M., eds.: *Partidos políticos y sistemas de partidos*. Madrid: Trotta, 2012.

MONTERO, J. R.; GUNTHER, R.; LINZ, J. J., eds.: *Partidos políticos: viejos conceptos y nuevos retos*. Madrid: Trotta, 2007.

WARE, A.: *Partidos políticos y sistemas de partidos*. Madrid: Istmo, 2004.

Cesáreo RODRÍGUEZ-AGUILERA DE PRAT
Catedrático de Ciencia Política
Universidad de Barcelona

VER TAMBIÉN: CALIDAD DEMOCRÁTICA / CAMPAÑA ELECTORAL / COALICIONES / DEMOCRACIA / ELECCIONES / ELITES POLÍTICAS / ESTADO DEMOCRÁTICO / ESTADO DE PARTIDOS / LIDERAZGO POLÍTICO / PARTICIPACIÓN POLÍTICA / SISTEMAS DE PARTIDOS / TRANSPARENCIA

PODER BLANDO

El concepto de *poder blando*, que podría encontrar su origen en los análisis de Foucault, Gramsci, Bourdieu o Morgenthau, fue acuñado por Joseph Nye a principios de los años noventa. Superado el mundo de los dos bloques, las potencias mundiales podían recurrir a formas menos «duras» del ejercicio del poder internacional. En palabras de su autor: «Este segundo aspecto del poder –que ocurre cuando un país consigue que otros países *quieran* lo que él quiere– puede denominarse poder cooptativo o blando, en contraste con el poder imperativo o duro de *ordenar* a otros lo que uno quiere que hagan» (traducido de Nye, 1990: 15).

Su definición sigue a debate, dado el carácter multifacético del concepto de poder en relaciones internacionales y la naturaleza intangible, y un tanto líquida, de su dimensión blanda.

En lo que se refiere al poder, el análisis académico lo ha definido, generalmente, tanto en términos de recursos o capacidades (el producto interior bruto, las capacidades de despliegue militar), como en su componente relacional (cómo dos países se relacionan). Asimismo, el poder puede definirse o medirse sobre la base de elementos tangibles u objetivos (por ejemplo, las capacidades, ya mencionadas), o sobre la base de elementos intangibles o subjetivos (la percepción acerca del poder que ostenta o ejerce un determinado país) (Mattern, 2005).

En este sentido, el mismo Nye precisa el concepto de poder blando de distintas formas, ya sea siguiendo la acepción del poder como la tenencia de determinados recursos –que en este caso serían intangibles: ideología, cultura o instituciones– (Nye, 1990), ya sea como una forma de relación –que en el caso del poder blando sería de atracción, frente a la coerción o el pago que se dan en el ejercicio del poder duro– (Nye, 2009).

Esta segunda acepción, la del poder blando como atracción (y no coerción), genera un cierto disenso. En el poder blando podrían darse formas relacionales coercitivas sobre la base de recursos intangibles como la ideología o la cultura (piénsese en la imposición de modelos ideológicos, tecnológicos, políticos o sociales) (Mattern, 2005). Siendo así, el poder blando implicaría una forma de relación de cualquier naturaleza (coercitiva, atractiva o de pago), aunque basada en recursos intangibles.

No existiría una lista cerrada de dichos recursos intangibles. La literatura académica recoge recursos de muy distinto tipo como la ideología o los valores políticos (el modelo de desarrollo chino o, en décadas previas, el Consenso de Washington), la cultura, el idioma, los estudiantes internacionales, la capacidad de innovación, las instituciones, el buen gobierno o el compromiso con los acuerdos internacionales (como el de desarrollo global, lo que tendría su reflejo en la cooperación para el desarrollo) (Nye, 2000 y 2009; Gill y Huang, 2006, *Soft Power* 30). Conviven, pues, recursos (como el idioma) con acciones de política exterior (la cooperación para el desarrollo) con formas relacionales de poder (el flujo tecnológico internacional) lo que confirma que la definición del concepto de poder blando es aún hoy un debate abierto.

Es, precisamente, la naturaleza líquida o vaga del concepto, sumada a sus diversas acepciones, lo que ha dificultado las tentativas de medición del poder blando. Existen, a pesar de ello, algunas propuestas.

Soft Power 30 mide el poder blando sobre la base de los tres pilares de los valores políticos, la cultura y la política exterior. Se trata de un índice compuesto de 75 indicadores agrupados en seis áreas: digital (p.ej. diplomacia digital), cultura (atractivo cultural), empresa (p.ej. capacidad de innovación), educación (p.ej, atractivo para estudiantes internacionales), compromiso (p.ej. contribución al desarrollo) y gobierno (p.ej. compromiso con los derechos humanos). Una propuesta similar es la de la revista *Monocle*. En su *Soft Power Survey 18/19,* se clasifican 25 países sobre la base de una encuesta de opinión.

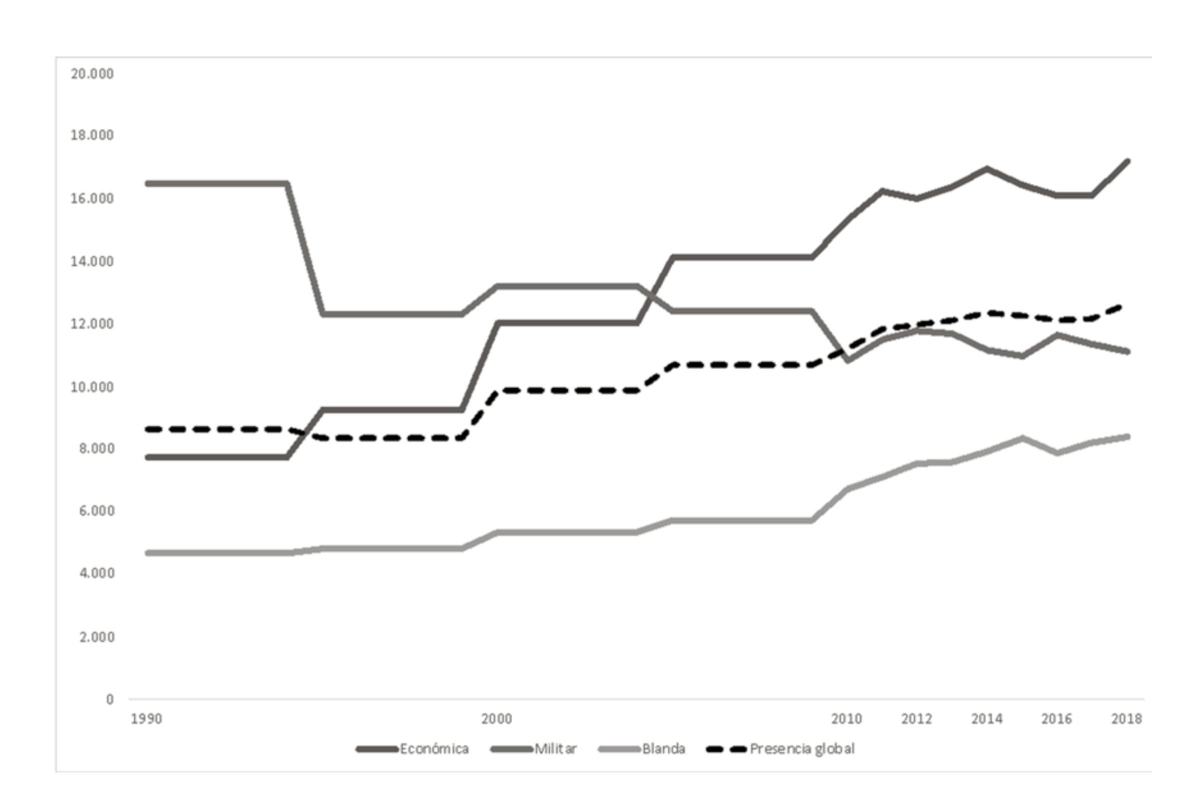
El *Índice Elcano de Presencia Global* calcula la proyección exterior de los países de acuerdo a su presencia internacional en 16 variables que se distribuyen en los ámbitos económico (energía, bienes primarios, manufacturas, servicios, inversiones), militar (tropas desplegadas, capacidades militares) y blando (migraciones, turismo, deportes, cultura, información, tecnología, ciencia, educación y cooperación para el desarrollo). Si bien el concepto medido es el de presencia, y no el de poder, permite una aproximación a la dimensión blanda del poder en su acepción relacional (frente a la acepción de las capacidades o recursos), puesto que incluye exclusivamente indicadores que recojan la dimensión transfronteriza del fenómeno (por ejemplo, exportaciones culturales en el caso de la cultura o estudiantes internacionales en el caso de la educación).

Además de las dificultades para definir el concepto mismo, la medición del poder blando se enfrenta a lo que Sassen (2003) denomina el nacionalismo estadístico, que es resultado de cómo (y por qué) se genera la información sobre relaciones internacionales. Las «estadísticas» se crean inicialmente para que los Estados puedan comprender su propia realidad. En un contexto de difusión del poder (particularmente del blando) entre distintos actores, públicos y privados, nacionales y transnacionales (Nye, 2009), los agregados por Estado pierden representatividad para calcular el poder blando en las relaciones internacionales, al menos en su integridad.

Es particularmente oportuno poder observar la evolución del poder blando en relación al duro. En este sentido, *el Índice Elcano de Presencia Global* permite analizar las facetas económica, militar y dura en el conjunto de las relaciones internacionales.

En los años noventa y hasta mediados de los 2000, la principal dimensión de las relaciones internacionales fue económica, que se daba en paralelo a una contracción de lo militar y un crecimiento modesto de la dimensión blanda. Sin embargo, a mediados de los 2000, se produce un cambio de tendencia. El vector de crecimiento de las relaciones internacionales es hoy la dimensión blanda, mientras la dimensión económica ha ralentizado su crecimiento y la militar ha tendido a estancarse (Olivié y Gracia, 2018) (ver Gráfico).

Gráfico. Presencia global, económica, militar y blanda, 1990-2018 (en valor índice)



Notas:

- Las series del Índice Elcano de Presencia Global incluyen datos para 1990, 1995, 2000, 2005, 2010 y datos anuales para el periodo 2010-2018. Este gráfico incluye datos de 1990 para el periodo 1990-1994, datos de 1995 para 1995-1999, datos de 2000 para 2000-2004 y datos de 2005 para el 2005-2009.
- Las dimensiones se representan en términos absolutos y, por lo tanto, no se aplican los pesos de cada dimensión para el cálculo agregado de presencia global.

Fuente: Real Instituto Elcano, Índice Elcano de Presencia Global.

Estas tendencias globales tienen su reflejo en la naturaleza de la proyección exterior de los países y, particularmente, de las grandes potencias. Después de todo, según el mismo Nye (2009), el poder inteligente *(smart power)* consiste en la habilidad de combinar el poder blando con el duro. Quizás por este motivo, los países con mayores valores de proyección exterior, que ocupan los primeros puestos en el *ranking* de presencia global, encabezan también las listas de presencia económica, militar o blanda. Por ejemplo, los cinco primeros países de acuerdo a su valor índice de presencia global (Estados Unidos, China, Alemania, Reino Unido y Japón) son los mismos que ocupan los primeros puestos en presencia económica y en presencia blanda.

BIBLIOGRAFÍA

GILL, B.; Y. HUANG: «Sources and limits of Chinese "soft power"», en *Survival*, 48:2 (2006).

MATTERN, J. B.: «Why "Soft Power" isn't so soft: Representational force and the sociolinguistic construction of attraction in world politics», en *Millennium. Journal of International Studies*, 33:3 (2005).

NYE, J.: «Soft Power», en *Foreign Policy*, 80 (1990).

— «Get smart combining hard and soft power response», en *Foreign Policy*, 88:4 (2009).

OLIVIÉ, I; GRACIA, M.: *Informe Elcano de Presencia Global 2018*. Madrid: Real Instituto Elcano, 2018.

SASSEN, S.: «Globalization or denationalization?», en *Review of International Political Economy*, 10:1 (2003).

Iliana OLIVIÉ
Investigadora principal. Real Instituto Elcano

VER TAMBIÉN: BUEN GOBIERNO / CULTURA POLÍTICA / DIPLOMACIA / **PANDEMIA: PERSPECTIVA INTERNACIONAL** / **PANDEMIA: PERSPECTIVA SOCIOLÓGICA** / POLÍTICA EXTERIOR DE ESPAÑA / *SOFT LAW*

PODER POLÍTICO

El término poder tiene una profunda ambivalencia, que se extiende sobre todas sus acepciones, incluido, por supuesto, el poder político. Pues «poder» es la capacidad de hacer algo o de no hacerlo, de actuar libremente. Pero también, y al contrario, el estar sometido al poder ajeno, que se me impone. Así pues ¿el poder libera, o el poder somete? Ambas cosas. Y nótese que en castellano «poder» (al igual que en francés, *pouvoir*) no solamente es un sustantivo, sino también el verbo «ser capaz de». También en inglés *power* significa «potencia», «energía», lo que indica una capacidad virtual o potencial. Como Jano, el poder tiene dos caras: la buena cuando soy yo quien puede, y la mala cuando es otro quien puede.

Una ambivalencia bastante ausente en ciencia social que se ha centrado en la dimensión negativa: el poder como límite de la voluntad y, sobre todo, de la acción. Y en este segundo sentido, la definición clásica de poder la dio Max Weber: *por poder se entiende cada oportunidad o posibilidad existente en una relación social que permite a un individuo cumplir su propia* voluntad. Es pues la capacidad de que A logre que B haga o no haga, algo que es lo deseado por A, tanto si a B le place como si no, sea cual sea el motivo o la causa de esa aquiescencia.

Un poder que se puede descomponer de muchas maneras. Podemos analizar sus tres dimensiones, a saber, la intensidad o profundidad de un poder; su extensión o amplitud; y finalmente, la rapidez o velocidad, la inmediatez de su éxito. Dimensiones analíticas de todo poder, que se pueden cruzar con las cuatro formas principales que puede adoptar el poder político, y que paso a exponer.

A) En primer lugar el poder como *coacción o fuerza,* que incluye la fuerza bruta, la represiva y opresiva, y que se manifiesta sobre todo en sanciones negativas (la cárcel, la pena capital, el ostracismo), aunque a veces también positivas: dar o retirar incentivos o recursos. Un poder material, casi físico o mecánico, un poder duro, representado sobre todo por el poder militar o policial, el más burdo y visible, pero también el más eficaz, rápido e inmediato.
B) Pero nadie puede sentarse sobre las bayonetas, de modo que, en segundo lugar, encontramos el poder como *autoridad,* que es el que se posee por razones de tradición, carisma, ascendencia moral, cargo público u otras causas, y que no se ejerce con violencia pues es aceptado por el sometido, aunque sea *quia prohibita*; lo acepto externamente, aunque lo rechace internamente. Y ahora el concepto de poder está relacionado con el de dominación, es decir, la capacidad de ejercer una autoridad sobre un grupo social determinado y encontrar un grado de obediencia. Pues –siguiendo con Weber–, u*n determinado mínimo de voluntad de obediencia, o sea de interés (externo o interno) en obedecer es esencial en toda relación auténtica de autoridad.* Sería oportuno ahora analizar las diversas formas de legitimidad del poder según el magnífico discurso *La política como vocación*, que dio Weber en 1919.
C) Y en tercer lugar, el poder como *influencia,* que incluye la capacidad de persuadir o manipular a gentes deter-

minadas para que se conduzcan como apetece a quien lo ejerce. El poder genera sus estructuras de apoyo, ya sean cortesanos, soldados o prebendados. Y se estabiliza en el tiempo hasta devenir una costumbre o hábito. Y así, la servidumbre acaba siendo voluntaria, aceptada, interiorizada como algo natural, más allá (o más acá) de su posible legitimidad. Algo sabido desde que Étienne de La Boétie, escribió en 1572 el *Discours de la servitude volontaire ou le Contr'un*. Al final, todos los poderosos buscan la aquiescencia rutinaria y dada por supuesto, que el poder se difumine y se desvanezca. Un poder que ahora se acepta, no tanto *quia prohibita*, sino internamente. El concepto de «hegemonía», elaborado por Gramsci, al igual que los de «alienación» o de «ideología», se mueven en este contexto. Pero el poder ejercido a través de la publicidad, la propaganda política o la presentación periodística de ideas, el poder de la *agenda setting*, o del *labelling* y el *framing*, por ejemplo, son también de esta índole. En definitiva, la capacidad de enmarcar, contextualizar e interpretar la realidad de cierto modo (sesgado).

Podríamos pues hablar de un poder duro basado en la fuerza (un poder militar), de un poder basado en la autoridad (un poder político por antonomasia), y finalmente de un poder enraizado en las creencias (un poder ideológico).

D) Lo que nos lleva a una cuarta forma de poder, claramente distinta de estas tres, pero que en cierto modo sería la resultante de todas ellas. Pues es cierto que el marco weberiano del poder, en el que me he movido, tiene más en cuenta a las personas que a las estructuras y es (como es su Sociología comprensiva), nominalista: poder que unos ejercen sobre otros. Pero hay también un poder *estructural* que viene dado por las clases sociales, por órdenes institucionales económicos o políticos, o incluso culturales. No se trata ahora de una construcción social (e ideológica) de la realidad (como antes), sino del poder posicional que deriva de esa misma realidad. Hablamos así de un poder ejercido anónimamente por las «estructuras» o por el «sistema», poder sin sujeto, pero efectivo. Una visión enfatizada por escuelas estructuralistas como la representada por Foucault, o por Bourdieu. Y así Foucault señala que la *dominación [no es] ese tipo de dominación sólida y global que una persona ejerce sobre otras, o un grupo sobre otro, sino las muchas formas de dominación que pueden ser ejercidas en el interior de una sociedad*. Micropoderes anónimos, pero por ello mismo más eficientes, pues son invisibles y casi indetectables al estar ocultos en la misma configuración de la realidad. Hasta tal punto que no sabemos bien si hablamos de poder o más bien de puro realismo: el mundo es de cierto modo, tiene unas estructuras y unas configuraciones que no podemos sino reconocer, incluso para cambiarlo. Pues, del mismo modo que quien quiera hablar y ser entendido tiene que aceptar las reglas de la gramática, quien quiere vivir en una sociedad tiene que aceptar su configuración, y esta implica ya una distribución de recursos, prestigios o posiciones que implican una forma de poder estructural.

Dos observaciones adicionales importantes.

La primera: el poder es siempre relacional, se tiene en relación con alguien. Y

por ello es siempre un juego de suma cero, a diferencia de la economía que es un juego de suma positiva. En el mundo económico todos podemos ganar o perder, aunque unos más que otros. Pero si alguien adquiere poder es porque alguien lo pierde relativamente. Si un país pasa a ser una potencia es porque otras potencias pierden poder relativamente a la primera. Por ello el poder, como la política, es siempre un juego agónico de ganadores y perdedores.

En segundo lugar, todas estas formas de poder tienden a sumarse o a restarse, es decir, se dan juntas en casi todas las relaciones sociales, pero de modo asimétrico. Se puede tener mucha fuerza, pero escasa legitimidad, o al contrario. Un Rey que reina pero no gobierna tiene autoridad, pero carece de fuerza. Y es sabido que los perfiles de poder tienden a alinearse. Cada persona, cada centro de poder (un Estado, una empresa, un partido o asociación) se apalanca en el tipo de poder del que dispone para adquirir aquellos que no dispone. Un dictador brutal trata de ser legítimo e influyente, una movilización social cargada de razones trata de adquirir poder político, etc.

En todo caso, sea cual sea la forma del poder, este se ejercita siempre en el marco de una configuración institucional hegemónica en el mundo moderno: el Estado con sus burocracias. Para comenzar porque, como señalaba Weber, *Estado es aquella comunidad humana que, dentro de un determinado territorio (el territorio es el elemento distintivo), reclama (con éxito) para sí el monopolio de la violencia física legítima*. Es decir, tiende a monopolizar el poder duro. Y añade: *El Estado es la única fuente del «derecho» a la violencia. Política significará, pues, para nosotros, la aspiración a participar en el poder o a influir en la distribución del poder entre los distintos Estados o, dentro de un mismo Estado, entre los distintos grupos de hombres que lo componen*.

BIBLIOGRAFÍA

Además de los textos clásicos de T. Hobbes, E. de la Boétie y Max Weber, véanse:

Foucault, M.: *Vigilar y castigar*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2002.
— *Un diálogo sobre el poder y otras conversaciones*. Madrid: Alianza, 2008.
Lamo de Espinosa, E.: «La ambivalencia del poder. ¿Concentración o difusión? Una relectura de Max Weber», en *Revista de las Cortes Generales*, 107 (2019).
Naim, M.: *El fin del poder*. México: Debate, 2013.

Emilio Lamo de Espinosa
Académico de Número de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas
Catedrático Emérito de Sociología
Presidente del Real Instituto Elcano

VER TAMBIÉN: CIENCIA POLÍTICA / ELITES POLÍTICAS / LIDERAZGO POLÍTICO / PODER BLANDO / REALISMO POLÍTICO / SOBERANÍA / SOCIEDAD INTERNACIONAL / SUPERPOTENCIAS

POLEMOLOGÍA

La guerra es una regularidad histórica, una constante de la experiencia general de la humanidad, y su sendero luenguísimo, como muestran la batalla de los arqueros y los piquetes de ejecución neolíticos, pintados en los abrigos la cueva Remigia y de Les Dogues en el Maestrazgo (España) hacia finales del V milenio a. C., probablemente las representaciones de violencia intraespecífica humana más antiguas e inequívocas de la historia natural del *homo sapiens*. Anteriores incluso son los vestigios de la animosidad del hombre, el animal simbólico: la fosa común neolítica de Talheim (Alemania), del VI milenio a. C., las necrópolis mesolíticas de Vasilevska (Rusia), del X milenio a. C., o los vestigios paleolíticos de las masacres de Dejebel Sahaba (Sudán) o Natruk (Kenya), datados en XI milenio a. C. Del mismo modo que durante siglos la historia ha sido una crónica general de las batallas, el pensamiento político ha consistido en una meditación recurrente sobre la guerra. No hay obra política, antigua o moderna, en la que aquella no esté presente, desde el *Arthasastra* del bramán Kautilya (siglo IV a. C.) al *Concepto de lo político* de Carl Schmitt (1932). Se ocupan de ella los estrategas, de Sunzi y Vegecio a Maquiavelo, Clausewitz, Ardant du Picq y Basil Liddell Hart y los arquitectos e ingenieros militares (Vauban), pero también, en todo tiempo y lugar, los historiadores (Tucídides, Bernal Díaz del Castillo, Leopold von Ranke), los santos y teólogos (san Agustín y santo Tomás), los juristas (Francisco de Vitoria, Luis de Molina, Emeric de Vattel o James Brown Scott), los pintores (lo mismo van der Meulen que Ferrer Dalmau), los literatos (Homero, Tolstói, Ernst Jünger), los periodistas y corresponsales de guerra (Chaves Nogales, Sofía Casanova, Ismael Herráiz) o los fotógrafos, documentalistas y cineastas (Robert Capa, Jean Renoir o Stanley Kubrick).

El fenómeno-guerra, como «hecho social total», en el sentido de la sociología de Marcel Mauss, y expresión omnicomprensiva de cada sistema cultural (Pitirim Sorokin), es el objeto de la Polemología (*polémologie*), neologismo introducido en el lenguaje científico por el sociólogo y demógrafo francés Gaston Bouthoul en 1945. Esta Sociología general de las guerras se distingue de los enfoques particulares o incidentales practicados por saberes concurrentes: Arqueología y Paleontología, Etnología y Antropología, Demografía, Geografía política, Filosofía del Derecho y Ciencia Política, Etología, Psicología social u otras disciplinas también cercanas. Del mismo modo se distingue la Polemología del tratamiento que la guerra, como arte y suprema expresión de lo político, ha recibido secularmente entre la oficialidad y en las academias militares y cuartos de banderas. El arte de la guerra y la ciencia militar, compendiado actualmente por la denominación académica anglosajona *War Studies*, ha abarcado tradicionalmente todo lo relacionado con el mando, la estrategia y la táctica, los *exempla* históricos, la poliorcética, la logística y la economía de guerra, el armamento, la moral de la tropa y el *ius in bello*.

La historia de esta disciplina comprende, hasta su institucionalización en el siglo XX, el vasto periodo de tanteos de una «Polemología implícita» y los vislumbres de una Sociología de la guerra latente en escritores de todas las épocas (el príncipe de Shang, Kamandaki, Abenjal-

dún, Diego Saavedra Fajardo, Joseph de Maistre, Herbert Spencer, Ludwig Gumplowicz). Pero será Georg Simmel quien incorpore al acervo sociológico una «Sociología del antagonismo», una anticipación de la Polemología fundada sobre la *lucha* como forma de socialización y la función del tercero como elemento mediador en la polaridad amigo-enemigo. No obstante, ya en la reescritura de *De la guerra* ha subrayado Clausewitz, sociólogo por accidente, que la guerra es una forma de la sociabilidad humana, descubriendo de paso el mecanismo de la «ascensión a los extremos», trascendental para el entendimiento sociológico del conflicto. Con todo, los primeros tratados de Sociología de la guerra aparecen a principios del siglo XX en Francia y Alemania: *Le rôle de la guerra* (1906), de Jean Lagorgette, y *Philosophie des Krieges* (1907), de Sebald R. Steinmetz. Los efectos de la Gran Guerra, particularmente una terrible depresión moral, resultan disuasorios para la investigación sociológica sobre la guerra, su naturaleza y sus causas y remedios. Solo a partir de la Segunda Guerra Mundial se recupera el tono de la investigación polemológica, particularmente en Francia (G. Bouthoul, Julien Freund y Raymond Aron), en Inglaterra (Lewis Fry Richardson), en Holanda (Bert Röling) y en los Estados Unidos (Quincy Wright, Lewis A. Coser y David Singer). En los años 50, antes incluso de la cristalización de la Polemología, cunde la polisemia, pues los ejércitos regulares adoptan el término para rebautizar la ciencia militar, particularmente la oficialidad chilena (general Bernardino Parada Moreno). Freund, en cambio, concentra la Polemología en el estudio de la dinámica conflictual (Sociología general del conflicto). Su compatriota, el general Lucien Poirier, ampliando el concepto bouthouleano, incoa una «conflictología». El propio Bouthoul, que cataloga la guerra en el «sector cuaternario», transforma la Polemología en una «Sociología de las actividades destructivas». Casi al mismo tiempo se desarrolla el enfoque complementario centrado en el estudio de la paz o irenología *(irénologie),* según el modelo ideológico de una ciencia comprometida y normativa. Esta irenología ha adoptado, a su vez, una doble orientación: la investigación de conflictos *(Konfliktforschung)* de Anatol Rapoport y la investigación para la paz *(Peace Research)* de Johan Galtung.

En términos generales, la Polemología estudia el enfrentamiento sangriento entre grupos organizados: particularmente, su lógica como acto consciente pero no necesariamente voluntario –contrariamente al racionalismo voluntarista clausewitziano– y sus posibles causas económicas, psicológicas (complejos belígenos) y demográficas (*overjuvenation* o exceso relativo de varones jóvenes). Se trata de un «pacifismo funcional» que desplaza a un segundo plano la política y aspira a encauzar o templar las tensiones polemógenas, anticipando sus efectos con una metodología específica (barómetros polemológicos, frentes de agresividad, dinámica conflictual, umbral conflictual). La fragmentación del espacio del conflicto, su banalización contemporánea y la generalización de la violencia gratuita, la hibridación de la paz y la guerra, así como su respectiva mimetización, el terrorismo y las guerras asimétricas, la geopolítica de los grandes espacios, las nuevas migraciones e incluso el pretendido eclipse de lo político amplían inevitablemente el campo de interés de la Polemología. Subsisten, sin embargo, los dos grandes debates fundadores. Por un lado, el del carácter natural o sobrevenido y accidental de la guerra. ¿Es el hombre un animal hostil por naturaleza o se volvió belicoso y territorial cuando descubrió la agricultura y la ganadería? ¿La guerra es natura o es cultura? ¿Se trata de

un fenómeno biológico o más bien social? La cuestión resulta decisiva para el entendimiento de la paz y el pacifismo. Por el otro, la causalidad demográfica de las guerras, temática de sabor neomaltusiano centrada en el estudio de las pirámides de población y el peso relativo que en ellas puedan tener las cohortes juveniles (*the Youth Bulge Theory*). Desde una perspectiva polemológica, una sobreabundancia de jóvenes puede ser el pródromo de una guerra o de importantes movimientos de población, atraída esta por la «zona de baja presión demográfica» generada por las sociedades envejecidas.

BIBLIOGRAFÍA

Bouthoul, G.: *Tratado de polemología*. Madrid: Ediciones Ejército,1984.

Freund, J.: *Sociología del conflicto*. Madrid: Ediciones Ejército, 1995.

Simmel, G.: *El conflicto. Sociología del antagonismo*. Madrid: Sequitur, 2010.

Weeks, J. R.; Fugate, D. L., eds.: *The Youht Bulge Theory*. New York: Idebate Press, 2012.

Molina Cano, J.: *Gaston Bouthoul, inventor de la Polemología*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2019.

Jerónimo Molina Cano
Académico correspondiente de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas
Profesor Titular de Política Social
Universidad de Murcia

VER TAMBIÉN: CIBERTERRORISMO / DEFENSA / GUERRA Y CONFLICTO / PODER POLÍTICO / RAZÓN DE ESTADO / REALISMO POLÍTICO / SOCIEDAD INTERNACIONAL / SUPERPOTENCIAS

POLIS

El fundamento de la vida social y política en comunidad en la antigua Grecia, al menos desde el siglo VIII a. C., era la *polis*. Frente a experiencias políticas anteriores, en el antiguo Oriente, la empresa común constituida por una suma de ciudadanos, pequeños propietarios de una hacienda agrícola familiar, que se unían en comunidad para proteger el interés común y fomentar el bien del colectivo, es una innovación que surge en la Grecia arcaica y que marcará indeleblemente la Historia de las Ideas Políticas. De esa palabra deriva nuestra concepción actual de lo político y, en último término, nuestra noción de ciudadanía. Su surgimiento se suele relacionar con el agotamiento de los centros de poder micénico y el paso a una sociedad organizada en pequeños núcleos y gobernada por *basileis* locales. Tal pudo haber sido el conglomerado sociopolítico previo a la formación de la *polis*. La *polis* era el medio natural de vida del ser humano, un «animal de la *polis*» (*zoon politikon*), como evidencia Aristóteles en su *Política* (1253a). Y es que este nombre no podía aplicarse a cualquier núcleo de población, sino solamente al que albergara una comunidad política (*koinonía politiké*), formada por ciudadanos libres e iguales, con una serie de puntos de referencia comunes. Desde la familia, en su sentido material y hereditario (*oikos* y *genos*), como núcleo básico de la sociedad, se desarrolló la *polis* como comunidad de ciudadanos, que puede luego concretarse en diversos modelos constitucionales (*politeiai*). La *polis* era independiente del sistema político preferido, sobre el que hay atestiguada desde antiguo una viva discusión (p. ej. en el *logos tripolitikós* de Heródoto). Aunque hubo otros modelos, como el Estado tribal (*ethnos*), ninguno como la *polis* encarnó el ideal racional de construcción sociopolítica, económica, religiosa y urbanística del mundo griego.

La *polis* se va configurando a partir de la unión de aldeas o grandes núcleos familiares (*synoikismos*) gracias al crecimiento económico y demográfico, bajo la égida de una élite que acumula la tierra como fundamento del poder decisorio. En los poemas homéricos, de controvertido contenido histórico, se atestiguan ya dos ámbitos de debate político con larga trayectoria: una asamblea popular y un consejo de notables. Algo de esa dinámica se ve en el canto II de la *Ilíada*, cuando se produce un vivo debate al explicar su estrategia Agamenón. Desconocemos los procedimientos políticos de la época arcaica, pero no cabe duda de que es entonces cuando se van perfilando las bases de la posterior gobernanza de la *polis* en torno a un sistema de asambleas –una general y otras restringidas– y con una serie de magistraturas –electivas o por sorteo–, todo ello a partir de unos ciudadanos (*politai*) que comparten un sistema organizativo, unos valores y leyes, unas tradiciones ancestrales, independencia política y legislativa (*eleuthería* y *autonomía*). También la *Odisea* muestra algunas interesantes escenas sobre lo que podría ser una *polis* de la época, con su territorio y organización (p.e. 6.262-272). En otra dimensión, lejos de las élites homéricas, *Trabajos y Días* de Hesíodo retrata el modo de vida de otros sectores de la población, con las penosas condiciones de los campesinos y su dependencia de los potentados locales. En lo económico, la *polis* supone un modelo de explotación planificada

de su terreno agrícola (*chora*) –y, en su caso, de los recursos marítimos–, y de la organización diversificada de producción artesanal (*demiourgia)*. En un centro urbano simbólico para las reuniones cívicas y religiosas se dirime la dinámica de los sectores sociopolíticos mediante el uso de la palabra en la escena pública. Heródoto (1.153), por ejemplo, comenta cómo sorprende el ágora, centro de la vida cívica, desde una perspectiva no griega, cuando muestra el asombro e incomprensión del persa Ciro.

La idea de la *polis* era también definitoria de la identidad griega en una doble naturaleza divisoria, entre griegos y *barbaroi*, como delimitación externa, cultural e identitaria, y, en segundo lugar, entre unas *poleis* y otras, como frontera política interna. Pero la *polis* no tenía solo que ver con el espacio físico sino sobre todo con la comunidad cultural y política de los ciudadanos (*politai*) que «son» realmente la ciudad: su propia denominación oficial no se hace mediante un topónimo, sino por el nombre del colectivo, así «los atenienses» (*hoi Athenaioi*). Una anécdota durante las Guerras Médicas lo pone de manifiesto: los atenienses tuvieron que evacuar su ciudad, siguiendo los consejos de Temístocles y, tras subir a sus naves, se refugiaron en la isla de Salamina y en Trecén. En la tensa reunión con los aliados previa a la batalla crucial, y al ser despreciado como «apátrida» *(ápolis),* Temístocles respondió que los atenienses «tenían una *polis* y un territorio» pues contaban con doscientas naves perfectamente equipadas (Heródoto 8.61). Quedaba claro que allí donde fueran estaría su *polis*, independientemente de tener o no edificios y territorio físico.

En el eje político, un consejo reducido que propone medidas y una asamblea popular soberana que las aprueba se convierten paulatinamente en los puntos neurálgicos de convergencia de la *polis*. Su historia no está exenta de tensiones que, a lo largo de la Edad arcaica, darán lugar a conflictos por los medios de producción y por la decisión política –los primeros condicionando la segunda– y a intentos de desbloqueo que van desde la colonización de otras tierras, a lo largo y ancho del Mediterráneo y del Mar Negro, a la proliferación de experimentos políticos como las llamadas tiranías. La era reformista –más conocida en la Atenas censitaria de Solón y la democrática de Clístenes (c. 507 a. C.)– atestigua el perfeccionamiento, acaso con bases filosóficas, de los procesos decisorios y la mecánica política de las ciudades más pobladas, extensas y prósperas, en pos de una mejor armonía social. El protagonismo, sin embargo, recaerá a menudo sobre magistrados, que detentan el poder ejecutivo, procedentes de las familias más destacadas de la ciudad y con una excelente formación. La relación entre las asambleas y los líderes que descuellan entre el *demos* con un discurso a veces sin escrúpulos constituye un capítulo fundamental de la Historia política griega.

Las mujeres ciudadanas tenían un rol sociopolítico diferente de los hombres, a quienes se exigía una prestación política y militar: ellas, en cambio, se ceñían a la gestión integral, sobre todo económica, del *oikos* –en ocasiones una extensa hacienda con varias familias a su cargo– y a la vertiente religiosa, fundamental para la *polis*. A diferencia de la mayoría de Estados modernos, incluso en *poleis* tan racionalistas como la democracia ática la comunidad política era percibida como una unidad también espiritual en la que la veneración a los dioses resultaba crucial para la supervivencia colectiva. Con diferentes roles, sin embargo, ciudadanos los había de

ambos sexos: leyes como la del ateniense Pericles en 451 a. C. –que imponía como condición restrictiva de ciudadanía nacer de ciudadana y ciudadano– son buena muestra de ello. En cambio, solo los ciudadanos varones podían intervenir en los asuntos públicos –como en la milicia– y no eran habituales las naturalizaciones de extranjeros, aunque había comunidades de extranjeros con derechos civiles atenuados. En algunos casos aquellos podían ser, junto a los esclavos, incluso más numerosos que los ciudadanos. Las *poleis* representaban, en cuanto a la dimensión física, territorial y demográfica, un mosaico de muy variada casuística. Las grandes ciudades podían tener un área de influencia que superaba el millar de kilómetros cuadrados: Atenas unos 2.500 Km^2 y Esparta unos 8.400 Km^2, cinco veces más que territorios como la Fócide, por ejemplo, donde había unas veintidós *poleis*. El caso que más a fondo conocemos por la documentación es el de Atenas, pero no es para nada representativo, por sus grandes dimensiones y población, semejantes al actual Gran Ducado de Luxemburgo.

En todo caso, hay una temprana conciencia estatal que se desprende no solo de la literatura, sino también de los restos de legislación. No es casualidad que en las más antiguas inscripciones con leyes se pueda leer la fórmula «la *polis* ha decidido así.» Tal es el caso, por ejemplo, de Dreros (Creta), tal vez la más antigua prueba de legislación política de Occidente (c. 650 a. C.), con un decreto sobre la resolución pacífica de conflictos mediante una magistratura (*kosmos*). Aunque minúscula, comparada con las grandes ciudades citadas, Dreros poseía ya todas las características de autogobierno de la *polis*. También el urbanismo de las más antiguas *poleis* atestiguadas en la cultura material, como la antigua Esmirna, evidencia el fortalecimiento del sistema sociopolítico sobre la base de la interacción entre espacios públicos y zonas residenciales. La trayectoria de esta forma estatal precursora de la política moderna se prolonga largamente en el Mediterráneo antiguo, desde las Edades arcaica y clásica hasta la helenística –enmarcada esta vez en Monarquías territoriales– o la romana –con la autonomía de ciertas *poleis* en el marco del Imperio–, evidenciando su adaptabilidad. Y es que la *polis* no estaba ligada a ningún modelo específico de gobierno, de forma acaso comparable a la noción moderna de Estado. La herencia para la Historia de las Ideas Políticas es, pues, muy difícil de subestimar.

BIBLIOGRAFÍA

Bowra, C. M.: *La Atenas de Pericles*. Madrid: Alianza, 1983 (4.ª ed.)

De Polignac, F.: *La naissance de la cité grecque. Cultes, espace et societé, VIIIe-VIIe siècles avant J.-C.* Paris: Editions de la Découverte, 1984.

Domínguez Monedero, A.: *La polis y la expansión colonial griega (siglos VIII-VI)*. Madrid: Síntesis, 1991.

Hansen, M. H.: *Polis: An Introduction to the Ancient Greek City-State*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

Jones, A. H. M.: *The Greek City from Alexander to Justinian*. Oxford: Clarendon Press, 1940.

Knauss, B.: *La Polis*. Madrid: Aguilar, 1979.

Murray, O.; Price, S. R. F.: *The Greek City from Homer to Alexander*. Oxford: Oxford University Press, 1990.
Rodríguez Adrados, F.: *La democracia ateniense*. Madrid: Alianza, 1978.

David Hernández de la Fuente
Profesor de Filología Clásica
Universidad Complutense

VER TAMBIÉN: DEMOCRACIA / FILOSOFÍA POLÍTICA / FORMAS POLÍTICAS / HISTORIA DE LAS IDEAS / POLÍTICA

POLÍTICA

¿Qué es la política? Como sucede con todos los «megaconceptos», sabemos qué es por intuición pero somos incapaces de definirla con precisión. Al menos, su origen es bien conocido: en la Ciudad-Estado griega, el *polités* «hace» política mediante su participación activa en los asuntos públicos, singularmente en la asamblea de ciudadanos, a través del diálogo que aporta argumentos al debate en común: *isonomía* e *isegoría*. Por tanto, antes de la *polis* no hay política, que no debe confundirse con el ejercicio despótico del poder; esto es, con la pura relación de mando y obediencia. En la *polis*, el ser humano (con muchas limitaciones: solo el varón, libre y ciudadano) alcanza la plenitud de su condición, la de ser «animal político». Fuera de ella, concluye Aristóteles, solo pueden vivir quienes son *más* que humanos (los dioses) o *menos* que humanos (los bárbaros). Por ello, la democracia ateniense es éticamente superior al régimen autoritario de Esparta, como refleja el célebre discurso de Pericles recreado por Tucídides. Para concluir con la Grecia clásica, no hay política sin *eleutheria*, libertad bajo el imperio de la ley, única forma digna de la vida verdaderamente humana.

Otra forma de hacer la misma pregunta es la siguiente: ¿qué *no* es la política? Tampoco la respuesta es sencilla. Ante todo, *la política no es geometría*. Espejo de la vida, comparte con ella sus grandezas y servidumbres. Los conceptos políticos no viven en un laboratorio aséptico ni en el mundo platónico de las ideas: perfectas, inmutables y eternas. Una parte importante del fracaso (relativo) de la Teoría Política deriva de la «exclusión fundacional» de las emociones (Maiz) con el propósito de construir un orden racional derivado de axiomas irrefutables. Así se plantea a partir del *Leviatán* hobbesiano, cuyo objetivo es superar el caos propio del hipotético estado de naturaleza mediante el monopolio del lenguaje. De este modo, la vieja sabiduría prudencial, cuya máxima expresión está en Maquiavelo con su experiencia de «las cosas pasadas y presentes», es incapaz de resistir la presión científica que exige orden y regularidad. A veces se olvida que el «velo de la ignorancia» (Rawls) o la «acción comunicativa» (Habermas) –por citar a los autores más influyentes del último medio siglo– también actúan en un contexto que otorga sentido a las palabras y a los hechos. De ahí la relevancia de métodos como las *Ideas in Context* (escuela de Cambridge: Pocock, Skinner, etc.), siempre y cuando consigan evitar la tentación del intelectual aséptico que se sitúa por encima de su objeto de estudio.

Acaso la Teoría Política (a medio camino entre la Ciencia Política empírica y la Filosofía Política abstracta) obtiene sus mejores frutos cuando logra *dar sentido inteligible a la experiencia práctica*; es decir, como Praxiología o teoría de la acción, más allá de los artificios académicos. Mucho más en tiempos de populismos rampantes y emociones incontroladas, jaleadas por los medios (viejos y nuevos) de comunicación, que valoran más las ocurrencias posmodernas que el rigor científico.

En este marco debe situarse la disputada cuestión del *status* de la Política como Ciencia. En su origen, las «Ciencias» políticas tienen carácter enciclopédico, según se refleja en esta misma Real Academia ya desde su fundación en 1857.

Confluyen sobre la materia el enfoque jurídico (sin duda, predominante) con el filosófico, el económico y el sociológico, todos ellos vistos con frecuencia desde una perspectiva histórica, a veces historicista. La *Political Science* al modo norteamericano se incorpora tarde y no siempre con éxito a este panorama ya muy cuajado. Volvemos así a un mar de confusiones, que cabe sintetizar con Vallespín: «Nuestro objeto es lo suficientemente complicado y difícil como para aceptar ser sometido a la camisa de fuerza de rígidos postulados metodológicos».

Escribe M. Duverger que, al modo del dios Jano, la política presenta dos caras: conflicto y cooperación. Vista desde el conflicto, su estudio conduce al problema del *poder* y a la «historia natural de su crecimiento» (Jouvenel), fiel reflejo de que estamos en presencia de un fenómeno inherente a la condición humana. Pero no solo de «cratología» vive el pensador político. Aun mayor relevancia ofrece el eterno debate acerca de la *legitimidad* de ese poder, cuyas contradictorias respuestas configuran otros tantos capítulos de la Historia de las Ideas. Sea cual sea su importancia doctrinal o práctica, la negación *abstracta* de dicha legitimidad (anarquismo) o su negación en casos concretos (derecho de resistencia; tiranicidio; desobediencia civil) son marginales en un discurso implacable de reconocimiento, y a veces sumisión, a la grandeza del poder. De hecho, el realismo político de todos los tiempos se complace en mostrar su condición demoníaca e implacable. Muchas veces exagera, pero está más cerca de una descripción objetiva de los hechos que las teorías inspiradas por buenas intenciones que la Historia se encarga una y otra vez de desmentir.

Desde este punto de vista, la política no puede concebirse sin el Derecho, pero no se identifica con lo jurídico. Imperio de la ley, Estado de Derecho, control jurisdiccional, son doctrinas concebidas para encauzar la tentación despótica del poder. Las páginas eternas de Montesquieu siguen siendo ciertas: «… *il faut que, par le disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir*». O, si se prefiere, cabe acudir al sagaz comentario de Maquiavelo a propósito de Savonarola, sobre la débil posición de los «profetas desarmados». Como es notorio, el proceso de la civilización permite juridificar situaciones excepcionales, desde el Derecho de la guerra hasta el estado de sitio. El éxito ha sido notable, sin duda. Pero hay un *plus* de «lo político» (valga el concepto de Schmitt, que llega hoy día hasta Mouffe, en el otro extremo del arco ideológico) respecto de la eficacia constitutiva del Derecho. No es suficiente llamar «poder constituyente» a la fuerza material que decide sobre el modo y forma de la existencia política para eliminar la voluntad que impulsa la coacción hasta donde le resulte posible. Valga esta reflexión (muy especialmente) para el propio Estado constitucional, si no quiere jugar en desventaja frente a posibles alternativas menos escrupulosas con la legitimidad del poder. Vivimos tiempos confusos y conviene ser conscientes de la frágil condición de las democracias contemporáneas.

Así pues, la autonomía científica de esta materia no es un simple problema metodológico o una disputa por cuotas de poder académico. Muy al contrario, es un requisito *sine qua non* para dar cuenta y razón de un sector de la realidad que no admite explicaciones simplistas. No es reductible al Derecho, según lo dicho. Tampoco a la Economía, al modo de una «superestructura» que trae causa de los modos de producción, como sostiene cierta interpretación vulgar del marxismo. Y tampoco a la Sociología, por mucho que le debamos a Max Weber

parte de los mejores hallazgos conceptuales. Y ello es así aunque sea justo compartir entre uno y otro campo científico las aportaciones del citado Montesquieu o de Tocqueville. Por supuesto, resulta imprescindible el punto de vista filosófico: una buena Historia de las Ideas Políticas coincide durante siglos con su equivalente respecto del Derecho Natural (Truyol) y, hoy día, Filosofía ética y Filosofía Política comparten espacios con provecho para una y para otra (Cortina). Pero el *plus* que aporta pensar políticamente es imprescindible como vacuna contra el reduccionismo estéril.

Si el poder existe sin remedio, hay que hacer lo posible para conseguir su legitimidad de origen y de ejercicio. A estas alturas del tiempo histórico, el Estado constitucional se identifica con la civilización *menos injusta* de la historia. Ello no significa negar ni disimular sus imperfecciones: lastrada por el Estado de partidos y el deterioro de las instituciones, mejora con diferencia a cualquier alternativa. Sus señas de identidad (Constitución normativa; soberanía nacional o popular; instituciones representativas; división de poderes; derechos fundamentales) siguen vigentes en tiempos de populismos de todo género y condición, fórmulas contemporáneas de la eterna demagogia, alentadas por una sociedad de masas (ahora digitales) que prefiere las emociones a las razones y busca el apoyo de las clases medias desorientadas. Las formas genuinas de la política democrática sufren fatiga de materiales y los discursos sobre regeneración institucional no van más allá de la retórica sin compromiso. Es cierto, sin embargo, que no hay alternativa razonable y que los partidos «nuevos» incurren en cuanto se aproximan al poder en los mismos vicios que denunciaban.

Cuando se proclamó en los años 60 del siglo XX la «muerte» (la «crisis», según los menos exagerados) de la Teoría Política, los mejores reaccionaron de forma contundente: Voegelin (*The New Science of Politics*); Arendt (*Was ist Politik?*); Strauss (*What is Political Philosophy?*)… En ámbitos académicos afines, Berlin y Aron y, por supuesto, Rawls o Habermas contribuyen a recuperar el impulso perdido. Dicho de otro modo: a defender «la vigencia de una tradición cuestionada» (Wolin). El conflicto entre Ciencia Política empírica y Teoría Política normativa se mantiene hoy día en situación de «empate técnico», aunque uno y otro bando buscan el apoyo de colegas de áreas afines (sociólogos, en un caso; filósofos, en otro), con grave riesgo de perder las propias señas de identidad. Pero lo importante, reitero, no son las querellas académicas. La clave está en preservar el núcleo de la política, que exige ser defendida de sus «amigos» tanto como de sus «enemigos», como escribió hace tiempo B. Crick. O, como recuerda D. Runciman, no es lo mismo vivir en Dinamarca que en Siria: la diferencia se llama «política». Si actores y espectadores están a la altura de la Virtud política, se llame «bien común» o «interés general», podemos ver el futuro con razonable optimismo.

BIBLIOGRAFÍA

Abellán, J.: *Política (Conceptos jurídicos fundamentales)*. Madrid: Alianza, 2012.

Crick, B.: *En defensa de la política*. Barcelona: Tusquets, 2001.

Dunn, J.: *La Teoría Política de Occidente ante el futuro*. México: Fondo de Cultura Económica, 1981.

INNERARITY, D.: *La transformación de la política*. Barcelona: Península, 2002.
NEGRO, D.: «Visiones de lo político», en *Historia y Pensamiento. Homenaje a Luis Díez del Corral*. Madrid: EUDEMA, 1992.
PENDÁS, B.: *Teorías Políticas para el siglo XXI*. Madrid: Síntesis, 2007 [buena parte de las ideas expuestas proceden de la «Introducción» y la «Conclusión» de este libro].
RUNCIMAN, D.: *Política*. Madrid: Turner, 2014.
SABINE, G.: *Historia de la Teoría Política*. México: Fondo de Cultura Económica, 1945 (y otras posteriores).
SCHMITT, C.: *El concepto de lo político* (1932). Madrid: Alianza, 1998.
VALLESPÍN, F.: *El futuro de la política*. Madrid: Taurus, 2000.
— «Introducción general» a *Historia de la Teoría Política*, vol. I. Madrid: Alianza, 2002.
WOLIN, S.: *Política y perspectiva. Continuidad y cambio en el pensamiento político occidental*. Buenos Aires: Amorrortu, 1973.

Benigno PENDÁS
Académico de Número y Vicepresidente de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas
Catedrático de Ciencia Política de la Universidad CEU-San Pablo
Ex Director del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales

VER TAMBIÉN: CIENCIA POLÍTICA / DEMOCRACIA / EMOCIONES POLÍTICAS / ESTADO / FILOSOFÍA POLÍTICA / FORMAS POLÍTICAS / HISTORIA / IDEOLOGÍAS / LIBERALISMO / LIBERTAD POLÍTICA / PODER POLÍTICO / REVOLUCIÓN / SOBERANÍA

POLÍTICA CIENTÍFICA

Por «política científica» entiendo –aunque matizaré esta definición más adelante– «la planificación por parte de un Estado de la investigación científica con el propósito de favorecer la situación de la ciencia nacional para que pueda competir con la producida en otros países y poder aplicarla para generar riqueza». Los beneficios de esa riqueza se manifestarán en campos diversos, como pueden ser el militar, el industrial, o la mejora de servicios sociales del tipo de la medicina, las comunicaciones o la producción de energía.

En principio, cuando se habla de «política científica» pensamos en una actividad que nació en el siglo XX, aunque existieran destellos de ella en el XIX (por ejemplo, la creación, financiada por los *länder* alemanes o por el ministerio encargado de asuntos universitarios, de institutos y laboratorios en universidades, una vez que se hizo patente –primero en la química orgánica y luego en la física del electromagnetismo– el valor económico-industrial de estas ciencias), pero no es así. Pensemos, por ejemplo, en la expedición encabezada por Francisco Hernández (1517-1587), que se desarrolló durante el reinado de Felipe II, de cuya corte formó parte el propio Hernández como médico de cámara del monarca. Considerada como la primera expedición científica moderna, investigó la historia natural americana (mexicana) desde 1571 a 1577. El 24 de diciembre de 1569, Felipe II dio a Hernández una comisión por cinco años para ir a las Indias, con objeto de que escribiera la historia de «las cosas naturales» de dicho país. Más concretamente, fue nombrado «protomédico general de nuestras Indias, islas y tierra firme del mar Océano», con órdenes «tocantes a la historia de las cosas naturales que habéis de hacer en aquellas partes». La primera de tales órdenes era: «en la primera flota que destos reinos partieron para la Nueva España os embarquéis y vais a aquella tierra primero que a otra ninguna de las dichas Indias, porque se tiene relación que en ella hay más cantidad de plantas e yerbas y otras semillas medicinales que en otra parte». Más concretamente, lo que el Rey pidió era que «os habéis de informar dondequiera que llegáredes de todos los médicos, cirujanos, herbolarios e indios e de otras personas curiosas en esta facultad y que os pareciere podrán entender y saber algo, y tomar relación generalmente de ellos de todas las yerbas, árboles y plantas medicinales que hubiere en la provincia donde os halláredes». A la vista de estas manifestaciones, no parece que el interés del Rey fuese que se obtuviesen beneficios para las colonias, ni necesariamente aportar nuevos conocimientos a la historia natural; aunque ambas cosas se consiguiesen subsidiariamente, más bien se trataba del habitual deseo de la metrópolis de extraer riquezas de sus colonias. En otras palabras, el planteamiento de aquella expedición –al igual que muchas otras, hispanas o no, del futuro– respondió a un tipo de política científica.

Pero cuando la política científica alcanzó realmente importancia fue a partir de las dos guerras mundiales del siglo XX, especialmente de la Segunda, la guerra de la aviación, del radar y de la bomba atómica. Y es que entre las lecciones que surgieron con nitidez de ella, figuraba, prominente, que la ciencia constituía uno de los valores más preciados para el presente y, sobre todo, para el futuro de una

nación. En Estados Unidos los militares se dieron perfecta cuenta de ello, como muestra el caso del general Henry H. Arnold, comandante general de las Fuerzas Aéreas, quien antes de que finalizase la contienda pidió a algunos científicos que estudiasen lo que habría que hacer en el futuro, esto es, que diseñasen una política científica. Quería, como explicó en su autobiografía (*Global Mission*, 1949), «obtener los mejores cerebros disponibles, y hacerles que considerasen los últimos desarrollos en las Fuerzas Aéreas de los alemanes y los japoneses, así como de la R. A. F., y que determinasen los pasos que debería dar Estados Unidos para tener la mejor Fuerza Aérea del mundo dentro de veinte años». En particular, deseaba encontrar a alguien capaz de encabezar un comité de «científicos prácticos» e ingenieros que tuviesen experiencia en «sónica, electrónica, radar, aerodinámica y cualquier otra rama de la ciencia que pueda influir de alguna manera en el desarrollo de la aviación del futuro». Robert Millikan, el físico premio Nobel del California Institute of Technology, le recomendó al ingeniero aeronáutico de origen húngaro, pero establecido en Pasadena, Theodore von Kármán, y el general aceptó la indicación. Poco después, uno por uno, comenzaron a aparecer científicos. «Les dije a estos científicos», continuó Arnold, «que quería que pensasen a veinte años vista. Tenían que olvidar el pasado (…) Quería que pensasen sobre aviones con velocidad supersónica, aeroplanos que se moviesen y operasen sin tripulaciones; mejora en bombas, de manera que pudiéramos utilizar bombas más pequeñas para obtener efectos más grandes; defensas contra la aviación moderna y contra la que estaba por venir; sistemas de comunicación entre aeroplanos y tierra, y entre los propios aeroplanos en el aire; televisión, tiempo meteorológico, investigación médica; energía atómica, y cualquier otro apartado de la aviación que pudiese afectar al desarrollo y utilización del poder aéreo en el futuro».

El presidente Franklin Delano Roosevelt fue otro de los que pensó en términos parecidos, aunque en su caso desde una panorámica más general. Y eligió al ingeniero, uno de los pioneros de la computación analógica, Vannevar Bush, director de la Office of Scientific Research and Development, establecida en junio de 1941. El 17 de noviembre de 1944, Roosevelt envió a Bush la carta que se reproduce como Anexo.

Bush cumplió el encargo, produciendo el informe solicitado, que envió al presidente –ya no Roosevelt, sino a Truman– el 5 de julio de 1945. Se hizo público el mismo año bajo el título de *Science, the Endless Frontier. Report to the President on a Program for Postwar Scientific Research*. Tenía 184 páginas y constituye un modelo para diseñar una política científica.

En mi definición inicial de «política científica» decía que consistía en «la planificación *por parte de un Estado* de…», pero añadí que matizaría esa definición. Ahora es el momento de hacerlo.

La rentabilidad económica de la investigación científica fue advertida no solo por los gobiernos sino también por empresas privadas. De hecho, fue el éxito que obtuvieron algunas empresas alemanas creadas en la primera mitad del XIX por personas con formación científica lo que atrajo la atención del Gobierno germano. No es que industrias ya existentes advirtieran el potencial de la ciencia –de la nueva ciencia–, sino que las crearon personas con formación científica, que sabían que era posible aprovecharse económica, industrialmente, de la ciencia. Tal fue el origen, por ejemplo, de

Chemische Fabrik E. Merck, fundada en 1827 por un discípulo del químico Justus Liebig, de la que, tras diferentes avatares, terminaría surgiendo, ya en el siglo siguiente, uno de los gigantes del mundo farmacéutico, la multinacional Merck, Sharp & Dohme.

La anterior relación «industria-ciencia» no basta para poder hablar propiamente de «política científica». Lo que se necesita es que, al igual que en caso de los gobiernos, exista en empresas-industrias una planificación para explotar las posibilidades de la ciencia. Y esto es algo que comenzó a hacerse patente especialmente en Estados Unidos a finales del XIX. Thomas Alba Edison (1847-1931), la quintaesencia del «*electricista* [*electrician*] educado a medias», del inventor con escaso bagaje teórico, constituye un magnífico ejemplo en este sentido. Incapaz de lograr manejar las corrientes alternas (que defendía Tesla) como había hecho con las continuas, y por consiguiente imposibilitado de entrar en los nuevos campos que se abrían en la industria del electromagnetismo, Edison reaccionó dando cabida en el laboratorio que construyó entre 1886 y 1888 en New Jersey, el famoso Menlo Park, a un plantel de colaboradores, que incluía un físico especializado en electricidad, químicos que habían obtenido sus doctorados en Alemania y varios antiguos estudiantes. Semejante política fue seguida más tarde por otras compañías: durante la primera década del siglo XX, firmas de la industria química, en especial Du Pont, en 1902, y Standard Oil de Indiana, abrieron genuinos laboratorios de investigación.

Lo mismo ocurrió en la industria eléctrica y de comunicaciones, donde el valor de la mercancía manufacturada en Estados Unidos ascendió de 19 millones de dólares en 1889 a 335 en 1914. Durante la primera década de la nueva centuria, los laboratorios de General Electric y American Telephone and Telegraph (ATT), hasta entonces dedicados a trabajos de rutina, se transformaron en centros de investigación y desarrollo, en, respectivamente, 1900 y 1904. Y tuvieron que planificar los trabajos, los productos, que iban a generar, determinar a qué campos científicos deberían dirigir principalmente sus esfuerzos, esto es, establecer auténticas políticas científicas. No fue una casualidad que en 1947 tres físicos, John Bardeen, Walter Brattain y William Shockley, inventasen el transistor, un «hijo» de la física cuántica que transformaría primero la industria de las comunicaciones y posteriormente otras muchas, mientras trabajaban no para una universidad sino para los «Bell Telephone Laboratories», creados como una compañía subsidiaria de ATT, que había decidido previamente intentar sacar partido a las posibilidades que vislumbraban en la mecánica cuántica.

De la conjunción de la conciencia de la necesidad de establecer políticas científicas tanto a nivel estatal como privado, surgió el concepto de I+D (Investigación y Desarrollo), al que posteriormente se añadió una «i» (innovación): I+D+i. Durante bastante tiempo, la manifestación más notoria de I+D se produjo en Estados Unidos, donde debido a la Guerra Fría el presupuesto federal para I+D, que manejaba el Departamento de Defensa, llegó a alcanzar niveles extraordinarios: en 1951 alcanzó los 1.300 millones de dólares, mientras que en 1952 subió a 1.600; de hecho, la investigación con fines de defensa ocupaba a dos tercios de los científicos e ingenieros de la nación.

El ejemplo, y la rentabilidad no solo político-militar sino también industrial-económica de lo que se hacía en Estados Unidos terminó extendiéndose, hasta tal

punto que desde hace tiempo uno de los indicadores importantes de la capacidad económico-social de una nación es el porcentaje del PIB que se dedica a I+D+i, escala en la que España figura en una pobre posición.

Recientemente están surgiendo fenómenos, si no conceptualmente nuevos, sí que poseen peculiaridades dignas de reseñar. Gigantes del comercio como Amazon o Google están diseñando políticas científicas destinadas a tomar la delantera en dominios que intervendrán de manera decisiva en conformar el mundo futuro –y no el futuro lejano, sino el inminente–, como son la Inteligencia Artificial, la Robótica o la Computación Cuántica. Disponen del potencial económico para hacerlo, y no solo de este tipo de recursos sino también de una cultura de la innovación. Otro ejemplo es el de la compañía privada Space X, fundada en 2002 por el magnate de Silicon Valley Elon Musk, quien ha anunciado su deseo de establecer misiones a Marte. En febrero de 2018 Space X dio un paso en tal sentido, al lanzar al espacio, desde el Centro Espacial Kennedy de Cabo Cañaveral, un coche descapotable, el modelo *Roadster*, de la marca Tesla (fabricante de vehículos eléctricos), utilizando para ello un cohete Falcon Heavy, actualmente el más potente del mundo. Particularmente interesante es que de los tres lanzadores del cohete, se recuperaron enseguida dos, que cayeron verticalmente en el mismo Centro del que partieron, en una espectacular maniobra, un logro que abre definitivamente la puerta espacial al mundo de las empresas privadas.

Lo que en realidad traslucen los anteriores ejemplos –tengan estos éxito o no– es que nos hallamos en el umbral de un nuevo mundo, en el que las posibilidades que ofrece la ciencia acaso serán explotadas de manera diferente al pasado, especialmente en que no serán necesariamente naciones quienes posean el monopolio de megaproyectos científicos, algunos (como los antes mencionados) con enormes implicaciones socioeconómicas. Recuérdese, por cierto, que la aparición de la corporación privada Celera Genomics, liderada por el científico Craig Venter, fue determinante para que el Proyecto Genoma Humano, que controlaban los Institutos Nacionales de Salud de Estados Unidos, terminase bastante antes de lo previsto.

Como diría Karl Popper, «el futuro está abierto». Ahora bien, hay que preparase para él.

ANEXO*: Carta de Roosevelt a Bush (17 de noviembre de 1944).

«Querido Dr. Bush: La Oficina de Investigación y Desarrollo Científico, de la que usted es director, representa una experiencia única de trabajo en equipo y cooperación en la coordinación de la investigación científica y en aplicar el conocimiento científico existente en la solución de los problemas técnicos vitales para la guerra. Su trabajo se ha desarrollado en el más absoluto secreto y llevado a cabo sin ningún tipo de reconocimiento público; pero sus resultados tangibles se pueden encontrar en los comunicados que proceden de los campos de batalla de todo el mundo. Algún día la historia completa de sus logros se podrá contar.

No existe, sin embargo, ninguna razón por la que las lecciones que se han obtenido con este experimento no puedan emplearse con provecho en tiempos de

* Por su interés, especialmente en tiempos de respuesta científica ante la pandemia, se incluye íntegramente la carta citada en el texto.

paz. La información, las técnicas y la experiencia investigadora desarrollada por la Oficina (…) y por los miles de científicos de las universidades e industrias privadas, debería utilizarse en los días de paz que nos aguardan para la mejora de la salud nacional, la creación de nuevos proyectos que produzcan nuevos empleos, y el mejoramiento del nivel de vida nacional.

Es con tal objetivo en mente que querría tener sus recomendaciones sobre los siguientes cuatro grandes puntos:

Primero: ¿Qué se puede hacer, que sea consistente con la seguridad militar, y que cuente con la aprobación previa de las autoridades militares, para dar a conocer al mundo, tan pronto como sea posible, las contribuciones al conocimiento científico que se han realizado durante nuestro esfuerzo en la guerra? La difusión de tal conocimiento debería ayudarnos a estimular nuevos proyectos, a proporcionar empleos para nuestros soldados que regresarán y también para otros trabajadores, así como para lograr importantes avances en la mejora del bienestar nacional.

Segundo: En referencia concreta a la guerra de la ciencia contra la enfermedad, ¿qué se puede hacer para organizar ahora un programa para continuar en el futuro el trabajo que se ha realizado en medicina y ciencias relacionadas? El hecho de que las muertes anuales en este país debidas solo a una o dos enfermedades sean muy superiores al número de vidas que hemos perdido en batalla durante la guerra, debería hacernos conscientes del deber que tenemos con futuras generaciones.

Tercero: ¿Qué puede hacer ahora y en el futuro el Gobierno para ayudar a las actividades de investigación realizadas por organizaciones públicas y privadas? Debería considerarse cuidadosamente cuáles deben ser las funciones propias de la investigación pública y privada, y su interrelación.

Cuarto: ¿Es posible proponer un programa eficaz para descubrir y desarrollar el talento científico en la juventud americana, de forma que se pueda asegurar el futuro de la investigación científica en este país en un nivel comparable a lo que se ha realizado durante la guerra?

Delante de nosotros se hallan nuevas fronteras de la mente, y si nos aventuramos en ellas con la misma visión, atrevimiento y determinación con que hemos manejado esta guerra, podremos crear un empleo más completo y fructífero y una vida más completa y fructífera.

Espero que, tras realizar todas las consultas que estime conveniente con sus asociados y otros, puede proporcionarme su considerado juicio sobre estos asuntos tan pronto como sea conveniente, informándome sobre cada uno de ellos cuando esté preparado, en lugar de esperar a completar todos sus estudios».

BIBLIOGRAFÍA

Bush, V.: *Science, the Endless Frontier. Report to the President on a Program for Postwar Scientific Research*. Washington: United States Government Printing Office, 1945.
Ben-David, J.: *Scientific growth: Essays on the social organization and ethos of Science*. Berkeley: University of California Press, 1991.

Greenberg, D. S.: *The Politics of Pure Science*. Chicago: The University of Chicago Press, 1999.

Sánchez Ron, J. M.: *El poder de la ciencia. Historia social, política y económica de la ciencia (siglos XIX y XX)*. Barcelona: Crítica, 2007.

— *Ciencia, política y poder: Napoleón, Hitler, Stalin y Eisenhower*. Madrid: Fundación BBVA, 2010.

José Manuel Sánchez Ron
Académico de Número y Vicedirector de la Real Academia Española
Catedrático de Historia de la Ciencia
Universidad Autónoma de Madrid

VER TAMBIÉN: BIG DATA / CIENCIA / GLOBALIZACIÓN / POLÍTICA SANITARIA / POLÍTICAS PÚBLICAS [Véanse en particular las voces correspondientes a «Consecuencias de la COVID-19»]

POLÍTICA CRIMINAL

Durante el último cuarto del siglo XIX, bajo el dominio de las *teorías absolutas de la pena*, según las cuales la función de la pena era únicamente la retribución justa al autor del mal causado por el delito, el Derecho Penal tuvo un fundamento metafísico. «La ley penal es un imperativo categórico» y «cuando la justicia desaparece, vivir en la tierra ya no tiene valor para las personas» (I. Kant, *Metaphysik der Sitten*, 1797, citado según Kant, *Werke in Zwölf Bänden*, edición de Suhrkamp Verlag, tomo VII, 2: 453). A partir de estas premisas no cabía pensar en una función política del Derecho Penal.

Pero, bajo la influencia del método de las ciencias naturales, sobre todo de la teoría de la causalidad, tomó cuerpo la idea de que el Derecho Penal debía, ante todo, ser entendido utilitariamente y, por lo tanto, como una manifestación de la política social. Las llamadas teorías relativas de la pena, que postulaban que las penas se justifican porque su aplicación se lleva a cabo con miras a alcanzar un fin socialmente útil, adquirieron una posición dominante en el Derecho Penal. El triunfo de este nuevo punto de vista fue tan rotundo que en 1878 Karl Binding sostuvo que «Una teoría del Derecho Penal que no puede decir por qué se pena (…) ya no puede pretender una posición en nuestra ciencia» (citado según Franz von Liszt, *Strafrechtliche Vorräge und Aufsätze*, I, 1905: 129). En 1748, en Francia, Montesquieu ya pensaba también que «el buen legislador» de un Estado moderado preferirá «menos punir los crímenes que prevenirlos» (*De L'esprit des lois*, cap. XII).

Entre 1889 y 1892 Franz von Liszt desarrolló la idea de una ciencia total del Derecho Penal (*Gesamte Strafrechtswissenschaft*) en la que incluyó, junto al mismo, también la política criminal como el conjunto «de aquellos principios, con arreglo a los cuales el Estado tiene que conducir la lucha conta el crimen mediante la pena y otras instituciones del género (institutos de educación y mejoramiento, casas de trabajo, etc.)» (*Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, I, 1905: 291). La nueva concepción de la ciencia penal se basó en «la suposición de que era posible conocer las causas del delito y los efectos de la pena» (*loc. cit.*)

Ciertamente, la expresión «*política criminal*» no era nueva. Había sido utilizada ya en 1823 por Eduard Henke, en su *Handbuch des Kriminalrechts und der Kriminal-politik* [Manual de Derecho criminal y de política criminal] (von Liszt, *loc. cit.*). Lo novedoso de la teoría moderna de la prevención especial de la pena era su propósito de legitimar la pena científicamente, por sus efectos sobre el autor del delito, es decir, basando la política criminal en los conocimientos de la «biología criminal (antropología) y de la sociología criminal (estadísticas)» (*loc. cit.*).

Sobre estas bases se propuso en Italia y en Alemania la reforma del Derecho Penal apoyada en una clasificación de los autores de los delitos y una diversificación de las consecuencias jurídicas del delito según el tipo de autor (ocasional, recuperable e irrecuperable, según von Liszt). En España esta nueva orientación se manifestó en la propuesta de Luis Jiménez de Asúa (1889-1970) de introducir la sentencia indeterminada (1913), y en las investigaciones antropológicas de Quintiliano Saldaña.

Al mismo tiempo fue propuesto, con fundamento político criminal, completar las consecuencias jurídicas del delito mediante medidas de seguridad, dirigidas a los autores de delito que no eran punibles por haber actuado en un estado de inimputabilidad, pero cuya peligrosidad futura había sido constatada. Con el tiempo, las medidas de seguridad fueron ampliadas y aplicadas también a sujetos imputables cuya peligrosidad requería medidas de mayor duración que la pena correspondiente a su culpabilidad (p. e. la custodia de seguridad del Derecho Penal alemán).

En los años veinte la discusión versó sobre la tendencia italiana a unificar toda consecuencia jurídica del delito en la noción de medidas de seguridad, como propuso el proyecto italiano de 1921. A pesar de la virulencia de los defensores de este criterio, la idea no prosperó y se ha mantenido el dualismo de penas y medidas de seguridad.

La política criminal comenzó su desarrollo investigando los medios penales para reducir la posibilidad de reincidencia de los autores de delitos que han puesto de manifiesto su tendencia al delito en el hecho cometido (su «peligrosidad», en la terminología de la Scuola Positiva italiana de Ferri y Garófalo). La significación jurídico-penal de la reincidencia, su carácter agravante, no había estado hasta entonces fuera de discusión. Pero la posibilidad de contar con estadísticas sobre la repetición del delito fue uno de los elementos que favoreció la adopción de la moderna teoría de la prevención especial mediante la ejecución de la pena, propugnada por von Liszt en el conocido y ya citado *Programa de Marburg* (1882).

En las manifestaciones más arriesgadas de la nueva versión de la prevención especial se llegó a pensar, en los años treinta del siglo pasado, en una prevención previa a la comisión del delito, dado que, se suponía, era posible conocer la tendencia al delito incluso antes de que el autor lo cometiera. Aunque no fueron totalmente aceptadas, contribuyeron en este sentido las ideas sobre la antropología criminal de Cesare Lombroso (1835-1909).

En España se adoptó este criterio en la Ley de Vagos y Maleantes de 3 de mayo de 1935 y luego en la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 1970. Esta última ley fue derogada en 1995. Antecedentes de esta legislación se encontraban en Alemania, en la Ley de delincuentes habituales de 24.11.1933. Estas leyes, que constituyeron un Derecho Penal de autor, opuesto al tradicional Derecho Penal liberal de acto o de acción, implicaban una importante disminución de las garantías del principio de legalidad, porque la definición del autor como miembro pervertido de la comunidad no podía ser expresada en definiciones que permitieran a los ciudadanos conocer qué acciones estaban prohibidas, dado que consideraban peligrosas a las personas por su forma de ser desviada, pero no delictiva, y preveían para ellas incluso medidas privativas de la libertad, entre otras.

El desarrollo de la idea política de utilidad social del Derecho Penal condujo a la introducción de nuevas instituciones que no tenían justificación posible desde la perspectiva kantiana. Así se llegó a la conclusión de que las penas cortas de privación de la libertad favorecían el contagio criminológico y no generaban, por lo tanto, ninguna utilidad. A partir de esta conclusión se introdujo en los Códigos modernos la «pena de ejecución condicional», que permitía suspender la ejecución de penas de prisión que no superaran un cierto tiempo (por lo general dos años), mientras el condenado no come-

tiera otro delito. El Código Penal vigente prevé esta suspensión en su art. 80.

A partir de la idea de que «solo la pena necesaria es justa» (ver von Liszt, *loc. cit.*: 161), fue también posible introducir la libertad condicional, luego de que el autor haya cumplido una parte considerable de la pena privativa de la libertad (p. e. España, tres cuartas partes, art. 90 CP; Alemania, dos tercios de la pena, §57 StGB; en Austria §46 StGB y en Italia, art. 176 Codice Penale, la mitad de la pena).

En 1966 se dio a conocer una revisión de la política criminal tradicional, impulsado por profesores alemanes, suizos y austríacos: el *Proyecto Alternativo* (al Proyecto gubernamental de Código Penal alemán de 1962) basado en el principio de la resocialización y el tratamiento, con la introducción de establecimientos de terapia social. Tuvo una cierta influencia en la reforma penal alemana, que entró en vigor en 1975. Nuestra Constitución establece dicho principio de la reinserción social en el art. 25.2. [«Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados»].

BIBLIOGRAFÍA

DORADO MONTERO, P.: *Bases para un nuevo Derecho Penal*. Barcelona: M. Soler, 1909.
VON LISZT, F.: *Der Zweckgedanke im Strafrecht* [La idea de fin en el Derecho Penal], 1882, en Franz von Liszt, «Strafrechtkiche Vorträge und Ausätze», I, Berlin: J. Guttentag, 1905.
— *Kriminalpolitische Aufgaben* [Tareas político-criminales], en Franz von Liszt, «Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze». Berlin: J. Guttentag I, 1905.
FERRI, E.: *Principii di Diritto Criminale* [Principios de Derecho criminal], 1928 (Madrid: Reus, 1933).
JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Tratado de Derecho Penal*, t. I, 4.ª ed., Madrid: Reus, 1964.
JESCHECK, H.-H.; WEIGEND, T.: *Lehrbuch des Strafrechts*. 5.ª ed. 1996, § 4 (Barcelona: Bosch, 1981).
ROXIN, C.: *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem* (Política criminal y sistema del Derecho Penal), 1970 (Barcelona: Bosch, 1972).

Enrique BACIGALUPO
Prof. Dr. Dr. h. c. mult.
Catedrático de Derecho Penal
Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset

VER TAMBIÉN: CODIFICACIÓN / CORTE PENAL INTERNACIONAL / DERECHO PENAL / DIGNIDAD / ESTADO DE DERECHO / INDULTO / JURISDICCIÓN PENAL / SEGURIDAD JURÍDICA / VIOLENCIA DE GÉNERO

POLÍTICA CULTURAL

Al margen de los productos más exquisitos de la creatividad humana, la cultura ocupa en la sociedad contemporánea un lugar relevante en el marco de las políticas públicas: el *soft power* es una seña de identidad en nuestro mundo globalizado de perfil posmoderno. España es, ciertamente, una *gran potencia cultural*, aunque a veces no seamos conscientes. De ahí que la valoración de la cultura en el ámbito político no sea siempre la que merece. En todo caso, se han dado pasos muy notables desde la Transición hasta hoy día, con un balance que cabe resumir así: *muchos aciertos, algunas dudas*. Uno de los momentos más significativos de aquellos días ya lejanos fue el regreso del «último exiliado»: el 10 de septiembre de 1981, el «Guernica» de Pablo Picasso se instaló temporalmente en el Casón del Buen Retiro, hasta su traslado en 1992 al Reina Sofía. Todo un símbolo para un tiempo nuevo de concordia política.

La Constitución dedica algún espacio a la cultura, en particular como principio rector de la política social y económica (art. 44.1 CE) y con un singular protagonismo para el Estado –«deber y atribución esencial»–, sin duda para evitar el monopolio de las Comunidades Autónomas en materia tan sensible (art. 149.2 CE). En todo caso, la gestión estatal se desarrolla principalmente a través del Ministerio (o Secretaría de Estado) de Cultura, unas veces solo y otras, casi todas, acompañado por Educación y/o por Deporte. Además de leyes generales (así, Ley 16/1985, del Patrimonio Histórico Español) y de una abundante legislación autonómica, conviene recordar que las grandes instituciones culturales cuentan con su propio estatuto jurídico: la primera y principal, el Museo Nacional del Prado, a través de la Ley 46/2003, protegido desde hace tiempo por un pacto parlamentario, que merece elogios, para evitar que sea objeto de disputas partidistas.

El patrimonio histórico-artístico es el elemento permanente de la política cultural. España cuenta con un patrimonio excepcional, como demuestra (y es solo un ejemplo) la tercera posición en el *ranking* de los bienes declarados Patrimonio Mundial por la UNESCO. Los viejos tiempos de expolio «pavoroso» (García de Enterría) en el siglo XIX han sido superados gracias a la legislación (por ejemplo, la Constitución de 1931 y la Ley de 1933, antecedente de la actual); a los órganos administrativos competentes (la Dirección General de Bellas Artes ha cumplido más de cien años); a las Reales Academias (en particular, Historia y Bellas Artes de San Fernando) y a una sensibilidad social cada vez mayor, aunque falta mucho por hacer en este terreno. La propia Constitución atribuye al Estado la lucha contra la «exportación» (ilícita se entiende) y la «expoliación» patrimonial (art. 149.1.28 CE), de manera que estamos al día en el ámbito jurídico, también por lo que respecta al cumplimiento de las obligaciones internacionales.

La Administración cultural tiene su centro, como se dijo, en Cultura, a través no solo de órganos integrados en el departamento sino también de organismos autónomos (más en lo formal que en lo político), algunos ya consolidados como el Instituto Nacional de Artes Escénicas y Musicales (INAEM) o el Instituto de Cinematografía y de las Artes Visuales (ICAA).

Después de múltiples avatares administrativos, una sociedad pública, Acción Cultural Española, concentra la actividad coyuntural sobre conmemoraciones y similares. También el Ministerio encargado de las «obras públicas», sujeto –como todos– a cambios continuos en la nomenclatura, participa de la gestión, sobre todo mediante el «1'5 por ciento cultural», que merece una valoración positiva en casi todos los casos.

El instrumento jurídico que garantiza la protección del patrimonio monumental es la declaración de Bien de Interés Cultural (BIC), ya sea por ministerio de la ley o por declaración individualizada mediante real decreto. Los datos cambian, como es lógico, de día en día, pero es interesante destacar que hay más de 18.000 bienes inmuebles declarados BIC, la inmensa mayoría por las Comunidades Autónomas y únicamente unos mil por el Estado. La categoría fundamental son los monumentos (más de 13.000), muy por delante de los conjuntos históricos, jardines históricos, sitios históricos y zonas arqueológicas. También hay más de 70.000 bienes muebles incluidos en el Inventario General, y cabe recordar asimismo la protección específica del patrimonio «inmaterial» (Ley 10/2015, muy influida por UNESCO) y la necesidad de cuidar como se debe el patrimonio subacuático, porque la Historia ha sembrado todos los mares del planeta de pecios de origen español.

Queda mucho por hacer, sin embargo, en cuanto al protagonismo de la sociedad civil. Es elogiable la actividad de Hispania Nostra y de muchas fundaciones privadas que dedican sus fondos (no siempre abundantes) a tareas de rehabilitación, comportándose como auténticos mecenas, mientras se aprueba una Ley de Mecenazgo que supere las limitaciones de la actual (Ley 49/2002, con varios retoques), una suerte de Godot que nunca llega pese a los reiterados anuncios.

En cuanto a los *museos*, ya hemos mencionado el Prado como «joya de la Corona» (en sentido literal, por su origen en las colecciones reales), creado en 1819, la única reseña memorable del torpe reinado de Fernando VII. Al margen de sus avatares administrativos (bien estudiados por T. R. Fernández y J. Prieto) y la ampliación de sus espacios (edificio Villanueva, por R. Moneo; en proyecto, salón de Reinos, por N. Foster y C. Rubio), estamos hablando de una institución de prestigio universal, en el máximo rango de los museos del mundo y, sin duda, la mejor colección de arte clásico, producto de la historia de la Monarquía española como gran potencia internacional. El Reina Sofía (MNCARS: Ley 34/2011) refleja la (prudente) modernidad inaugurada por la Transición y completa, con el Thyssen (una buena operación con una gestión compleja) el «triángulo de oro» de los museos de Madrid. Pero la calidad museística española alcanza también a los museos de titularidad y gestión estatal (Arqueológico Nacional, Altamira, Greco, Sorolla…) y a los de titularidad estatal y gestión autonómica (casi todos los viejos museos provinciales de Arqueología y Bellas Artes). Cataluña aporta mucho a este panorama (MNAC; «triángulo» de Dalí…) y los centros de arte contemporáneo son buena prueba de una política cultural que pretende recuperar el tiempo perdido, al modo proustiano: desde el célebre Guggenheim de Bilbao hasta otros muchos de nivel más que aceptable: IVAM (Valencia), MACBA (Barcelona), y un largo etcétera, que bien merecerían ser citados uno por uno.

Archivos de máxima relevancia histórica, desde Simancas al de la Corona de Aragón o al de Indias; una notable red de

bibliotecas, con el liderazgo de la Biblioteca Nacional (Ley 1/2015); cine y música, que cuentan con espacio propio en esta Enciclopedia, lo mismo que la arquitectura, son igualmente activos muy relevantes de la cultura española. Tal vez con menos repercusión de la que conviene por el discreto interés de los políticos en estos asuntos, Estado y mercado han funcionado razonablemente bien en estos cuarenta años de democracia, aunque las crisis económicas cuentan al mundo cultural entre sus primeras víctimas. En todo caso, existe un tejido social (limitado, sin duda, pero no desdeñable), capaz de sustentar la creación cultural: desde ARCO a las Ferias del Libro; desde los festivales de cine y teatro o los veranos de Mérida, Almagro, Granada y tantos otros; desde los auditorios que proliferan (tal vez en exceso) hasta el Teatro Real, el Liceu de Barcelona y otros muy dignos espacios operísticos, existe ciertamente una vida cultural que podría mejorar mucho con una gestión coordinada entre las diferentes Administraciones Públicas. Arquitectos de fama internacional, incluidos los premios Pritzker (Moneo y RBR, de Olot). Música clásica, con cantantes de relevancia universal. Cineastas con Oscar y gran repercusión en todo el mundo, desde Garci a Almodóvar. Teatro, fotografía, gastronomía…: el «poder blando» de España, como reflejan los Índices de Presencia Global del Real Instituto Elcano, es menos apreciado de lo que merece por una opinión pública no siempre sensible hacia estos asuntos.

Continuamos con una lista que podría ser interminable. Premios de gran repercusión, como los Princesa (antes Príncipe) de Asturias o el Cervantes, con brillantes ceremonias anuales en Oviedo y en Alcalá de Henares, respectivamente. Patrimonio Nacional y sus Reales Sitios (Ley 23/1982), con el Palacio Real y el Monasterio de El Escorial como emblemas, y el Museo de las Colecciones Reales como proyecto a corto plazo. Turismo cultural, que maneja cifras más que notables: la Alhambra de Granada, la Sagrada Familia de Barcelona, la Mezquita de Córdoba… Exposiciones de arraigada tradición, como las exitosas «Edades del Hombre» en Castilla y León… Naturalmente, la lengua española, nuestro «petróleo», con el prestigio indiscutible de la Real Academia Española y su aportación más que relevante al PIB, según los estudios de J. L. García Delgado y su equipo para la Fundación Telefónica.

La España constitucional ha desarrollado una política cultural digna de ese nombre, aunque el margen de mejora es ciertamente muy amplio. Con excepciones (a veces derivadas de un localismo lamentable), los poderes públicos no infringen en exceso la regla de la «neutralidad», salvo casos de dogmatismo intolerante. Pero la clave está en la educación y en la sensibilidad social, porque sin público ilustrado cualquier política cultural está condenada al fracaso. *Por todo ello, el sector cultural merece un apoyo público razonable y equilibrado ante la crisis derivada de la COVID-19.*

BIBLIOGRAFÍA

NOTA: Este texto es un resumen adaptado a las características de la Enciclopedia del capítulo a cargo de Raquel García Guijarro y Benigno Pendás, «Política cultural: muchos aciertos, algunas dudas», en B. Pendás, dir.: *España constitucional (1978-2018). Trayectorias y perspectivas*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2018, vol. II.

Véanse también:

Fernández, T. R.; Prieto de Pedro, J.: *Historia institucional del Museo del Prado*. Madrid: Marcial Pons, 2019.

Mainer, J. C.: «Un importante legado cultural: innovación y continuidad», en J. L. García Delgado, ed.: *Rey de la democracia*. Barcelona: Galaxia Guttenberg, 2017.

Patrimonio Cultural y Derecho (publicación anual, dirigida por J. García Fernández, desde 1997 en adelante).

Prieto, J.: *Cultura, Culturas y Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2013 (2.ª ed.).

VV. AA.: *Cien años de Administración de las Bellas Artes*. Madrid: Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, 2017.

VV. AA.: *Museo Nacional del Prado. Rafael Moneo, 2007-2017*. Madrid: Museo Nacional del Prado, 2017.

Benigno Pendás
Académico de Número y Vicepresidente de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas
Ex Director General de Bellas Artes

VER TAMBIÉN: ARQUITECTURA Y POLÍTICA / ARTE Y POLÍTICA / CINE Y POLÍTICA / LITERATURA Y POLÍTICA / MÚSICA Y POLÍTICA / PODER BLANDO / REAL ACADEMIA DE CIENCIAS MORALES Y POLÍTICAS / REALES ACADEMIAS

POLÍTICA EXTERIOR DE ESPAÑA

La política exterior es una competencia del Estado para promover sus intereses y valores en su relación con otros Estados, organizaciones internacionales y demás actores de la sociedad internacional.

Cabe considerar la política exterior de España desde las siguientes perspectivas: quién la dirige, quién la ejecuta y con qué medios cuenta, cómo se fija y expone y ante quién rinde cuentas.

En España, de acuerdo con la Constitución de 1978, el Estado tiene competencia exclusiva en materia de relaciones internacionales, el Gobierno –que ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria– dirige la política exterior y el Rey asume la más alta representación en las relaciones internacionales, especialmente con las naciones de su comunidad histórica.

El Servicio Exterior del Estado es quien ejecuta y desarrolla la política exterior (Ley 2/2014, de 25 de marzo, de la Acción y del Servicio Exterior del Estado). En otras palabras, el instrumento fundamental es la diplomacia, en sus dimensiones clásicas: política, económica, cultural y científica; a las que se han ido añadiendo la de cooperación internacional para el desarrollo, la diplomacia de defensa y la diplomacia pública y digital. A ellas se suma la función consular, para asistir y proteger a los españoles fuera de las fronteras. Dicho Servicio cuenta en el exterior (año 2020) con 118 embajadas, 183 oficinas consulares, 10 representaciones ante organismos internacionales y casi medio centenar entre oficinas técnicas de cooperación, centros culturales y de formación, a lo que habría que agregar el despliegue del Instituto Cervantes. A los funcionarios de la carrera diplomática, casi un millar, les están encomendadas las funciones de naturaleza política, diplomáticas y consulares.

El Gobierno es quien fija las directrices, fines y objetivos de la política exterior, que se exponen en tres momentos inexcusables: el discurso de investidura del presidente del Gobierno, las comparecencias del titular de Asuntos Exteriores ante las Comisiones correspondientes de Congreso y Senado, y la aprobación por el Gobierno de la Estrategia de Acción Exterior.

Claro es que, en esa elaboración y exposición, el Gobierno reconoce que la política exterior no nace en cada legislatura, sino que viene condicionada tanto por las declaraciones, acuerdos y tratados internacionales vigentes como por unas circunstancias y fuerzas profundas que afectan y limitan su desenvolvimiento: a saber, una suma de Geografía e Historia que no es inmutable ni inerte, ya que el poder de cada época las invoca y actualiza mediante interpretaciones políticas acordes con los tiempos y afines a sus objetivos.

Esos condicionantes, en su mayoría tácitos, pero a veces reflejados en la normativa, vertebran las tradiciones de toda política exterior que, en el caso de España, resultan en estas vertientes centenarias e indelebles: una política europea –que la historiografía relativa a la España moderna llama política continental–; una política mediterránea; y una última

que antaño se llamó ultramarina y que hoy se desglosa en una política iberoamericana y otra transatlántica.

En ocasiones, Geografía e Historia explican la persistencia de contenciosos como el de Gibraltar, única colonia existente en Europa, o generan realidades excepcionales como la de la extensión mundial de la lengua española, que hacen de la promoción universal de su enseñanza y uso un ingrediente singular de dicha política exterior.

Existe también una multiplicidad de sujetos que, sin competencias propias en la materia, desarrollan una acción exterior notable; entre ellos, destacan las Comunidades Autónomas, que deben sujetar esas actuaciones a las directrices, fines y objetivos establecidos por el Gobierno. [Véase al respecto la abundante jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el art. 149.1,3.ª CE]

Por último, la política exterior, como toda acción del Gobierno, rinde cuentas a las Cortes Generales y es así mismo objeto de escrutinio por parte de la opinión pública, los medios de comunicación y el mundo académico.

Cabe ahora considerar la historia reciente de la política exterior española. Junto a la Transición interior, España llevó a cabo una «Transición exterior» cuyos hitos son: el establecimiento de relaciones diplomáticas con la generalidad del concierto de las naciones (a partir de 1976), el ingreso en el Consejo de Europa (1977), en la OTAN (1982) y en las entonces Comunidades Europeas (1986), hoy Unión Europea, la creación de la Comunidad Iberoamericana de Naciones (1991), un notable protagonismo en la política mediterránea europea y el establecimiento de una política de cooperación para el desarrollo sostenible y la ayuda humanitaria internacional.

Al conmemorarse el 40 aniversario de la Constitución, Don Felipe VI resumió así esa Transición: «En el ámbito internacional, España alcanzó su gran sueño de volver a la Europa democrática; desplegó todo el potencial político, económico y cultural que nos une con nuestras naciones hermanas de Iberoamérica. Recuperó, en fin, su presencia y su protagonismo en las instituciones internacionales y en los compromisos multilaterales con la paz, la seguridad y el desarrollo; facilitando también la apertura y presencia económica y empresarial en el mercado mundial.»

Agotado con éxito ese proceso y una vez que España se ha hecho presente en todas las dimensiones internacionales que responden a las exigencias de una sociedad democrática avanzada, la política exterior debe encarar con pie en esas fortalezas los desafíos de un mundo cada vez más globalizado, interdependiente y complejo, en un contexto de volatilidad económica, cambio climático e inseguridad energética, donde persiste el fenómeno del terrorismo y surgen las amenazas híbridas.

A ello hace frente la política exterior de España, según la Ley de la Acción y del Servicio Exterior del Estado, con estos principios inspiradores: el respeto a la dignidad humana, la libertad, la democracia, el Estado de Derecho y los derechos humanos; la defensa y promoción del Derecho Internacional, en particular de los principios de la Carta de las Naciones Unidas; el impulso de los proyectos de construcción europea y de la Comunidad Iberoamericana de Naciones, así como el multilateralismo en el seno de la comunidad internacional. En pro de dicho proyecto europeo, que

hoy la propia UE considera en entredicho, España predica una mayor integración.

Además, según se ha referido antes, tal política exterior ha de guiarse por una Estrategia de Acción Exterior que, cada cuatro años, se elabora a iniciativa del Ministerio de Asuntos Exteriores en un proceso que atiende a documentos análogos multilaterales, como la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, y nacionales, como la Estrategia de Seguridad Nacional, y valora las reflexiones de *think tanks* entre los que sobresale el Real Instituto Elcano.

A tenor de esa Estrategia de Acción Exterior, España promueve valores e intereses, vitales y estratégicos; ambiciona situar al ciudadano en el centro de dicha política exterior, procurando su protección y bienestar, y quiere proyectar a España como país avanzado.

A su vez, en tanto que Estado miembro, España participa en la concepción y ejecución de la política exterior y de seguridad de la Unión Europea. Ello quiere decir que casi todas las vertientes de la política exterior de España tienen a su vez una dimensión europea. En ese marco europeo, España afronta con sus socios las prioridades para la política exterior de la Unión, entre otras, la seguridad de dicha Unión, aumentando su autonomía estratégica; la estabilidad de Estados y sociedades en su vecindad oriental y meridional –flanco sur clave para España– y el desarrollo de políticas migratorias más eficaces; un enfoque integrado de los conflictos; el respaldo a los procesos regionales de cooperación en el mundo; y la consecución de una gobernanza mundial para el siglo XXI, en el marco de un orden mundial basado en el Derecho Internacional.

Ante esos desafíos propios y comunes, resulta indudable que la *continuidad* es un componente deseable para la política exterior de España, puesto que su eficacia reside en el largo plazo. Y aunque el aserto de que en democracia dicha política se ha construido sobre el consenso no es enteramente cierto, sí es de constatar el acuerdo general que la considera una *política de Estado*, procurando así llegar a una visión compartida cuya estabilidad haga de España a la vez un socio seguro, fiable y predecible.

BIBLIOGRAFÍA

Actividades, textos y documentos de la política exterior española. Madrid: Ministerio de Asuntos Exteriores, OID (publicación anual desde 1981).

Beneyto J. M.; Pereira, J. C., dirs.: *Política exterior española*. Madrid: Biblioteca Nueva, 2011. 2 vol.

Calvo-Sotelo, L.: *Sobre la Transición exterior*. Madrid: Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 2005.

Estrategia de Acción Exterior. Madrid: Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, 2015.

Molina, I., coord.: *Hacia una renovación estratégica de la política exterior española, Informe Elcano 15*. Madrid: Real Instituto Elcano, 2014.

Ochoa Brun, M. A.: *Historia de la diplomacia española*. Madrid: Ministerio de Asuntos Exteriores, 1990-2017. 12 vol.

TUSELL, J.; AVILÉS, J.; PARDO, R., eds.: *La política exterior de España en el siglo XX*. Madrid: UNED, 2000.

Pedro CALVO-SOTELO IBÁÑEZ-MARTÍN
Diplomático
Ex Embajador de España en la República Checa

VER TAMBIÉN: ÁFRICA / ASIA-PACÍFICO / CHINA / DEMOCRACIA GLOBAL / DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO / DESCOLONIZACIÓN / DIPLOMACIA / ESTADOS UNIDOS / GLOBALIZACIÓN / IBEROAMÉRICA / INTEGRACIÓN EUROPEA / NACIONES UNIDAS / POLÍTICA EXTERIOR Y DE SEGURIDAD DE LA UE / RELACIONES INTERNACIONALES / SOCIEDAD INTERNACIONAL / SUPERPOTENCIAS / TRATADOS INTERNACIONALES

POLÍTICA EXTERIOR Y DE SEGURIDAD COMÚN DE LA UNIÓN EUROPEA

Ausente inicialmente de los Tratados constitutivos, la política exterior y de seguridad común de la Unión Europea (PESC), regulada en el título V del TUE, tiene su antecedente directo en las técnicas de cooperación política europea desarrolladas por los Estados miembros desde principios de los años 70 y formalizadas jurídicamente en el Acta Única Europea de 1986, con la finalidad de dotar de coherencia a la acción exterior de las Comunidades Europeas. El Tratado de la Unión Europea (TUE) hecho en Maastricht en 1992 estableció la PESC como pilar intergubernamental, dotándola de objetivos, instrumentos y procedimientos de toma de decisiones propios, y los posteriores Tratados de Ámsterdam (1997) y Niza (2000) introdujeron modificaciones sin alterar sus rasgos esenciales. Con el Tratado de Lisboa (2009) ha desaparecido formalmente la configuración como pilar pero se mantiene la naturaleza intergubernamental, pues las principales competencias siguen correspondiendo al Consejo Europeo y al Consejo, pronunciándose generalmente por unanimidad. Partiendo de los principios y objetivos generales señalados en su art. 21, corresponde al Consejo Europeo determinar los intereses estratégicos de la Unión, fijar los objetivos y definir las orientaciones generales y líneas estratégicas; sobre esa base, el Consejo elabora la PESC y adopta las decisiones necesarias, siendo el alto representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad el encargado de ejecutarlas y representar a la Unión en estas materias, apoyado en el Servicio Europeo de Acción Exterior, si bien esta tarea de representación la comparte con el presidente del Consejo Europeo. El carácter intergubernamental que impregna este ámbito de actuación de la UE explica que la Comisión Europea y el Parlamento Europeo tengan competencias menos relevantes.

La política común de seguridad y defensa (PCSD) forma parte integrante de la PESC. Su puesta en práctica ha seguido un camino lento y complejo. En materia de seguridad, concebida para mantener la paz, prevenir conflictos y fortalecer la seguridad fuera de la UE, su ejecución se lleva a cabo mediante las capacidades proporcionadas por los Estados miembros, lo que hasta el presente se ha concretado en diversas misiones y operaciones civiles y militares. Más complejos aún están siendo los avances en materia de defensa, como consecuencia de las dificultades para compaginar la creación de una política propia con la vinculación de la mayoría de los Estados miembros a la OTAN y las resistencias a perder soberanía en un ámbito de tanta relevancia. El TUE refleja estos inevitables equilibrios, afirmando que la PCSD «no afectará al carácter específico de la política de seguridad y defensa de determinados Estados miembros, respetará las obligaciones derivadas del Tratado del Atlántico Norte para determinados Estados miembros que consideran que su defensa común se realiza dentro de la OTAN y será compatible con la política común de seguridad y de defensa establecida en dicho marco». Al mismo tiempo, el Tratado de Lisboa ha incluido una cláusula de defensa mutua para el caso en que un Estado miembro sea objeto de un ataque armado en su territorio, aunque aclarando que no afecta a los compromisos derivados de la pertenencia a la OTAN.

El TUE hecho en Maastricht ya incluía en la PESC «la definición, en el futuro, de una política de defensa común… que pudiera conducir en su momento a una defensa común», enunciado que el Tratado de Ámsterdam precisó para señalar que tal definición sería «progresiva» y que se llegaría a la defensa común «si así lo decidiera el Consejo Europeo»; tras el Tratado de Lisboa, se explicita que esa decisión deberá adoptarse por unanimidad. En sucesivos Consejos Europeos, entre los que destaca el celebrado en Niza en diciembre de 2000, se adoptaron importantes medidas de impulso pero los logros concretos más importantes han llegado a través de la activación de la Cooperación Estructurada Permanente (CEP, más conocida por sus siglas inglesas, PESCO), modalidad particular de cooperación reforzada incluida en el TUE en la reforma de Lisboa para aquellos Estados miembros que cumplan criterios más elevados de capacidades militares y que hayan suscrito compromisos más vinculantes en la materia. Siguiendo el impulso de Alemania, Francia, Italia y España, el Consejo, mediante la Decisión (PESC) 2017/2315 del Consejo, de 11 de diciembre de 2017, estableció una CEP en la que participan 25 Estados miembros que al día de hoy ha permitido poner en marcha 34 proyectos para potenciar o realizar formación y maniobras militares, capacidades militares por tierra, mar y aire, así como el ámbito de la ciberdefensa. Por su parte, la Comisión está incrementando su implicación en este ámbito y ha propuesto la creación del Fondo Europeo de Defensa dentro del marco financiero plurianual 2021-2027, con el objetivo de fomentar la innovación y permitir las economías de escala en la investigación sobre defensa y en la fase de desarrollo industrial mediante el respaldo de proyectos colaborativos.

La Estrategia Global para la política exterior y de seguridad de la UE de 2016, bajo el título «Una visión común, una actuación conjunta: una Europa más fuerte», señala los principios y prioridades de la acción exterior, partiendo del multilateralismo como principio esencial. No obstante, se ha dicho con razón que la PESC es «ambiciosa en su denominación y poco acabada aún en cuanto a su alcance y contenido» (D. J. Liñán Nogueras). En efecto, las divergencias entre los Estados miembros han venido impidiendo respuestas colectivas y eficaces ante los principales conflictos internacionales de los últimos tiempos, mostrando así las significativas debilidades de que todavía adolece la PESC.

Desde la perspectiva institucional, uno de los aspectos susceptibles de crítica es el reducido control jurisdiccional de los actos adoptados en el ámbito de la PESC. Esta es una de las razones por las que el conjunto normativo que rige la PESC ha sido calificado como *lex imperfecta*. El TUE solo atribuye competencia al TJUE para controlar que los actos PESC no invadan las competencias de la Unión y viceversa, así como para juzgar la legalidad de las decisiones por las que se establezcan sanciones internacionales frente a personas físicas o jurídicas. En el asunto *Rosneft*, el Tribunal de Justicia afirmó su competencia para resolver no solo recursos de anulación sino también cuestiones prejudiciales de validez en relación con actos PESC siempre que las peticiones de decisión prejudicial correspondientes versen sobre las citadas materias (Sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de marzo de 2017, C-72/15, EU: C:2017:236).

La PESC es uno de los pocos ámbitos en los que cabe predecir que el *Brexit* no tendrá consecuencias negativas para la Unión. Como ha señalado A. Mangas Martín, «el fuerte apego británico a una

política exterior intergubernamental y, en todo caso, a acciones limitadas, junto a su oposición a una política de seguridad y defensa, han debilitado a Europa como potencia con proyección global. Tampoco ha sido muy distinto a otros Estados miembros que se mueven en la PESC en función de su interés nacional… La política exterior y de seguridad propia será algo menos difícil, quizás funcione algo mejor…»; en particular, cabe predecir que habrá menos oposición a la PCSD y la política de defensa podrá tener mejores oportunidades. De momento, los hechos le están dando la razón. Los recientes avances en materia de defensa así lo atestiguan.

Para enfrentarse a los nuevos escenarios y desafíos globales, en los que su peso como actor se está debilitando y otras potencias empiezan a mezclar los intereses económicos con la geo-estrategia, la UE necesita una PESC robusta y coherente. Para lograrla, será preciso combinar la voluntad política con las reformas jurídicas que rebajen la intergubernamentalidad en la toma de decisiones. No es tarea fácil y la evolución de esta política hasta el presente anima poco al optimismo, pero su consecución resulta cada vez más imprescindible tanto para la integración europea como para la preservación de un orden mundial basado en normas.

BIBLIOGRAFÍA

Andrés Sáenz de Santa María, P.: «Mejorando la *lex imperfecta*: tutela judicial efectiva y cuestión prejudicial en la PESC (A propósito del asunto *Rosneft*)», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 58 (2017).

Díaz Rodríguez, J.: «La Política Común de Seguridad y Defensa de la UE: una renovada estrategia para un nuevo escenario europeo y global», *Documento de Opinión* 65/2018, disponible en http://www.ieee.es/publicaciones-new/documentos-de-opinion/2018/DIEEEO65-2018.html

Liñán Nogueras, D. J., «La acción exterior de la Unión: la política exterior y de seguridad común», en *Instituciones y Derecho de la Unión Europea* (A. Mangas Martín, D. J. Liñán Nogueras). Madrid: Tecnos, 2016. 9.ª ed.

Mangas Martín, A.: «Estudio introductorio. La crisis suprema de la Unión Europea», en *Tratado de la Unión Europea, Tratado de Funcionamiento y otros actos básicos de la Unión Europea*. Madrid: Tecnos, 2019. 23.ª ed.

VV. AA.: *Hacia una identidad europea en materia de seguridad y defensa: ¿realidad o utopía?* Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

Paz Andrés Sáenz de Santa María
Catedrática de Derecho Internacional Público
Universidad de Oviedo

VER TAMBIÉN: ACERVO DE LA UNIÓN EUROPEA / COMISIÓN EUROPEA / CONSTITUCIÓN EUROPEA (Proyecto) / DEFENSA / INTEGRACIÓN EUROPEA / PARLAMENTO EUROPEO / **PANDEMIA: PERSPECTIVA INTERNACIONAL** / SOBERANÍA / TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA / UNIÓN EUROPEA

POLÍTICA SANITARIA

La expresión «política sanitaria» es marcadamente moderna. La tesis imperante en la cultura occidental hasta el siglo XVIII fue que el cuidado de la salud era un asunto privado de las personas y los grupos sociales. El Estado tenía sus deberes propios, que la tradición definió como «deberes perfectos o de justicia» (los promulgados en las leyes civiles y penales y ejecutados a través de la Administración y los tribunales de justicia), y que se limitaban a la protección de la integridad, tanto del territorio como de los individuos, dejando el cuidado del cuerpo y la salud a la iniciativa privada.

La Ética diferenció siempre la existencia, junto a los llamados «deberes perfectos o de justicia», de los llamados «deberes imperfectos o de beneficencia». El Estado tradicional no hizo de la asistencia a los enfermos un deber de justicia, pero sí consideró obligado, en virtud del principio de beneficencia, socorrer a pobres y enfermos, fundando centros de atención, conocidos con el nombre de «hospitales de beneficencia». Estos hospitales fueron durante la Edad Media fundaciones religiosas o eclesiásticas, que a partir del Renacimiento fueron convirtiéndose en centros civiles. En España, la primera red de «hospitales civiles» fue la establecida por los Reyes Católicos.

Fue en la época de la Ilustración cuando el Estado empezó a cobrar conciencia de sus obligaciones en materia de salud. A ello contribuyó decisivamente la gran obra de Johann Peter Frank (1745-1821), *System einer vollständigen medicinischen Polizey*, «Sistema de una completa policía médica» (6 vols, 1779-1819), escrita, como reza la dedicatoria, *servandis et augendis civibus,* en servicio y promoción de los ciudadanos. El uso del término «policía», en vez del hoy habitual de «política», se debió a que Frank, a pesar de ser uno de los primeros en diseñar una auténtica política sanitaria, seguía considerando, como hijo de su época, que la obligación básica del Estado en materia sanitaria era básicamente policial, la protección y defensa de los individuos frente a las agresiones contra su vida e integridad física. Es lo que tras las revoluciones liberales dio lugar al llamado «Estado mínimo», que en el ámbito de la salud se limitaba a la protección de la vida e integridad física de las personas a través del control de las fronteras y el orden público, es decir, mediante el ejército y la policía. No en vano los dos primeros derechos consagrados por las revoluciones liberales fueron los relativos a la «vida» y la «salud» o «integridad física». Hasta ahí llegaban los deberes de justicia del Estado en materia de salud.

Los cambios del siglo XVIII coincidieron con la Revolución industrial y el desarrollo de la ciencia económica. Los economistas llamaron la atención sobre la importancia de la mano de obra sana para la prosperidad de un país. Esto fue haciéndose tanto más evidente, cuanto que la abolición de las leyes serviles por las revoluciones liberales permitió a los antiguos siervos de la gleba salir de las posesiones de sus señores y emigrar a las ciudades en que se había iniciado el proceso de industrialización. Allí vivieron en condiciones pésimas, que médicos y reformadores sociales no tardaron en denunciar (informes Villermé y Chadwick, entre otros). La ausencia de legislación laboral permitió que los obreros fueran explotados en jornadas intermi-

nables, tanto en las minas como en las naves industriales, sin las más elementales condiciones higiénicas. Los barrios donde vivían en los suburbios carecían, además, de las mínimas condiciones de habitabilidad. Contra tal estado de cosas reaccionaron los que Marx calificó de «socialistas utópicos» (Owen, Saint-Simon, Fourier, Cabet, Babeuf, Buonarroti, Blanqui), que quisieron remediar la situación apelando a la caridad y los buenos sentimientos, es decir, volviendo a la antigua teoría de los «deberes imperfectos». Como era obvio que de ese modo las cosas no iban a mejorar sustancialmente, los obreros se levantaron en la llamada «revolución social» de 1848. Lo que pedían era que las condiciones humanas en el trabajo y en la vivienda pasaran a ser consideradas «deberes perfectos o de justicia», en vez de verse como «deberes imperfectos o de caridad». Esto llevó a acuñar una nueva acepción del término justicia, la de «justicia social». Era un cambio radical, que obligaría a la transformación total del Estado, del «Estado mínimo», a otro más intervencionista, el «Estado máximo», que el siglo XX bautizó con el nombre de *Welfare State*.

El «Estado social» empezó a cobrar cuerpo a partir de 1848. Su cometido no debía limitarse a la defensa de los derechos civiles y políticos liberales, que se limitaban a la protección de la vida, integridad física, libertad ideológica y de conciencia y posesiones, sino que ahora debía añadirse una segunda tabla de derechos humanos, los económicos, sociales y culturales, que no eran meros derechos negativos o de protección, sino positivos o de promoción. El Estado debía promover activamente el bienestar de los ciudadanos a través de la escolarización de los niños, la legislación laboral de los trabajadores (la jornada de 8 horas se implantó en España en 1919), la protección social de las familias, los seguros públicos de desempleo, de jubilación, etc. El puro Estado liberal, protector de las libertades básicas de los seres humanos pero no promotor de sus capacidades, se veía ahora como injusto. Fue una de las consecuencias de la crítica marxista al Estado burgués.

Entre las nuevas funciones que se vio obligado a asumir el Estado social, estaba la de promover y proteger la salud de los ciudadanos. La salud de la población se convirtió de ese modo en cuestión política. Sus manifestaciones fueron fundamentalmente dos, la higiene pública y los seguros obligatorios de asistencia sanitaria. Las analizaremos sucesivamente.

En primer lugar, la *higiene pública*. Desde los comienzos de la medicina occidental, con los médicos hipocráticos, había venido ordenándose la higiene en seis capítulos que en la Edad Media fueron conocidos como catálogo de las *sex res non naturales: aer, cibus et potus, motus et quies, somnus et vigilia, excreta et secreta et affectus animi*. Los médicos regularon de acuerdo con este catálogo la vida de los grandes personajes civiles en estudios personalizados que llevaron el título general de *regimen sanitatis*. Así, Arnau de Vilanova escribió un conocido *Regimen sanitatis ad regem Aragonum* (1309). Por su parte, las reglas monásticas, muy especialmente la de Benito de Nursia, ordenaron la vida monacal de acuerdo con ese esquema, a fin de que los monjes, conservando la salud del cuerpo, estuvieran bien dispuestos al cultivo de la vida del espíritu.

La vigencia de este modelo se extendió hasta comienzos del XIX. Si por algo se caracterizó, fue por considerar que la higiene era cuestión privada, no pública. De ahí que hasta entonces la higiene

fuera básicamente privada, y que los deberes del Estado (hospitales de beneficencia, baños públicos, etc.) no se consideraran perfectos sino imperfectos. La llamada higiene pública surgió cuando la intervención del Estado en materia sanitaria pasó de ser cuestión de beneficencia a convertirse en asunto de justicia. De ahí que las referencias históricas previas a las revoluciones liberales no puedan ser tenidas, en sentido estricto, por políticas de higiene pública.

Las inversiones del Estado en higiene pública han pasado por dos etapas bien diferenciadas. La primera tuvo lugar en el siglo XIX, cuando los grandes economistas liberales, Adam Smith, David Ricardo, Robert Malthus, etc., se plantearon el problema de cuánto podía invertir un Estado en higiene pública (alcantarillado, abastecimiento de agua, etc.), de modo que tal inversión pudiera considerarse económicamente justificable. El criterio general fue que toda inversión en salud pública resultaría económicamente rentable siempre que permitiera reducir la mortalidad y la morbilidad de los trabajadores e incrementar su productividad en cuantía suficiente como para justificar esa inversión. El incremento de la riqueza económica debía ser el criterio para calcular la inversión razonablemente en higiene pública e ingeniería sanitaria. Un profesor de la Universidad de Munich, Max von Pettenkofer, demostró a la altura de 1873, en su monografía *Über den Werth der Gesundheit für eine Stadt,* «Sobre el valor de la salud para el Estado», que mediante este cálculo era posible defender la rentabilidad de las obras de alcantarillado y canalización de las aguas de Munich, habida cuenta de los casos de cólera que evitaría.

El segundo gran capítulo de la política sanitaria lo constituye la protección de la salud de los ciudadanos mediante el establecimiento de *seguros públicos y obligatorios* de enfermedad. Sus orígenes se remontan a los años 1883 y 1884, cuando el canciller Bismarck estableció en Prusia los seguros de enfermedad y de accidentes para empleados y obreros. Fue el origen del modelo de las *Krankenkassen,* que con variaciones múltiples fue extendiéndose por los diferentes países de la Europa occidental durante la primera mitad del siglo XX. Se caracterizaba por financiarse a través de las contribuciones de los obreros, los patronos y las aportaciones complementarias del Estado. Por su parte, en la Unión Soviética y países satélites, se estableció tras la Revolución de 1917 un sistema público universal y gratuito de asistencia sanitaria, financiado en su totalidad con cargo a los presupuestos del Estado. Finalmente, tras la Segunda Guerra Mundial, el gobierno británico puso en marcha un sistema mixto, que tomaba del soviético la cobertura sanitaria universal y su financiación con cargo al Estado, y del alemán la libertad de elección y la contribución económica de los trabajadores bajo forma de impuestos.

Las crisis económicas que se han venido sucediendo a partir de 1973 han obligado a replantear la sostenibilidad del sistema creado a lo largo de la última centuria. El descenso de la demografía y por tanto de la mano de obra activa, el incremento de la esperanza media de vida, así como el aumento exponencial de los costes en el área de la salud, hacen que el futuro de los sistemas públicos de seguro médico se vea como difícil de mantener, y que en la actualidad comiencen a proponerse modelos alternativos de «salud sostenible», dentro del programa general conocido con el nombre de «desarrollo sostenible».

BIBLIOGRAFÍA

CHAVE, S. P. W.: «The Origins and Development of Public Health», en W. W. Holland, R. Detels, and G. Knox, eds., *Oxford Textbook of Public Health, Vol. 1: History, Determinants, Scope, and Strategies*. New York: Oxford University Press, 1984.

PORTER, D.: *Health, civilization and the state: A history of Public Health from ancient to modern times*. New York: Routledge, 1999.

ROSEN, G.: *A History of Public Health*. New York: MD Publ., 1958.

— *From Medical Police to Social Medicine: Essays on the History of Health Care*. New York: Science History Publ., 1974.

ROSENKRANTZ, B. G.: *Public Health and the State*. Cambridge: Harvard University Press, 1972.

Diego GRACIA
Académico de Número de las Reales Academias de Ciencias Morales y Políticas y Nacional de Medicina
Catedrático de Historia de la Medicina

VER TAMBIÉN: CIENCIA / DERECHOS SOCIALES / DIGNIDAD / ESTADO SOCIAL / LIBERALISMO / POLÍTICA CIENTÍFICA / POLÍTICA CRIMINAL / POLÍTICAS PÚBLICAS / PROGRESO / SISTEMA SOVIÉTICO / SOCIALISMO

POLÍTICAS PÚBLICAS

A primera vista, parecería que el término «políticas públicas» es un evidente pleonasmo. Difícilmente podemos concebir algo que se defina *político* sin que a su vez se considere como algo *público.* Del mismo modo, tampoco es fácil deslindar algo *público* de lo *político,* aunque en este caso sí podemos acudir a ejemplos más obvios. Un futbolista es un personaje *público*, que sin embargo no tiene que ver con la *política*, al menos por el momento (si bien el actual presidente de Liberia, George Weah, fue un notable futbolista).

En todo caso, existen muchas definiciones académicas del concepto de *políticas públicas* como diferentes aproximaciones para entender, clasificar, analizar y mejorar el proceso de toma de decisión sobre los objetivos, acciones y resultados del grupo político que en cada sociedad concreta ostenta el poder.

Las definiciones de las distintas doctrinas de Ciencia Política, Administrativa o Sociología, son ampliamente coincidentes: el sujeto de las políticas públicas es el grupo de personas que ostentan el poder político, el objeto es la mejora del conjunto de la sociedad o de un aspecto parcial de la misma (al menos siempre que se proponen políticas públicas, se presentan con un objetivo de aumentar el bienestar social), los medios son las instituciones de decisión pública existentes y los recursos de los que dispone el sector público, y en general se necesita una evaluación de su capacidad de alcanzar los objetivos deseados.

Esta visión relativamente amable y optimista de las políticas públicas no es del todo compartida por la Ciencia económica. Ya en 1891, John Neville Keynes (padre del también economista y fundador de la macroeconomía moderna John Maynard Keynes) estableció la distinción entre ciencia normativa, aquella que trata de «lo que debería ser», y la ciencia social positiva, la que con objetividad estudia «lo que en realidad es». Este concepto fue ampliado por Milton Friedman en 1953 en su influyente libro *Ensayos de Economía Política*. En Economía, pues, existe casi un juego de palabras para describir las dos maneras de tratar la realidad social. Si hablamos de «políticas económicas» *(economic policies*), estamos refiriéndonos a la parte normativa de la ciencia: ¿qué debemos hacer para mejorar el bienestar material de la sociedad?

Por su parte, si hablamos de «economía política» (*political economy*) nos referimos a la utilización del método de análisis económico para tratar de describir el comportamiento de los agentes que intervienen en el proceso de decisión pública, de sus motivaciones individuales, de los aciertos y los fallos del proceso de decisión… Este análisis es también conocido como teoría de la elección pública, y, en general, tiene una visión sustancialmente más egoísta del comportamiento y las motivaciones de los agentes que intervienen en la decisión pública, el diseño de las políticas y su implementación: los votantes, los políticos, la burocracia, los reguladores o los grupos de interés.

La teoría de la elección pública trata de explicar la aparente paradoja siguiente: si sabemos que determinadas políticas o actuaciones públicas producen un amplio beneficio social, los ganadores son

sustancialmente más que los perdedores y además el aumento de bienestar de los primeros en su conjunto es mucho mayor que la pérdida de los segundos, ¿por qué estas políticas no se llevan a cabo, o incluso se realizan actuaciones en sentido contrario?

Un ejemplo de esta paradoja fueron las huelgas de taxis en varias ciudades españolas en 2019. Para evitar la competencia de las empresas VTC, los taxistas emprendieron una serie de huelgas buscando entorpecer a las VTC, proponiendo medidas que hacían inoperativo su negocio. Si se actuaba como reclamaban los taxistas, el beneficio para ellos era innegable, pero los consumidores (mucho más numerosos que los taxistas) perdían y, además, es un resultado bien conocido en teoría económica, el coste para los consumidores en su conjunto sería mucho mayor que el beneficio para los taxistas. En Madrid, se mantuvo la regulación anterior y las huelgas fracasaron. En Cataluña o la Comunidad Valenciana ocurrió lo contrario. La teoría de la elección pública trata de explicar situaciones como esta y el porqué de un comportamiento tan dispar de uno u otro gestor público.

Para ello se asume que los políticos más que mejorar el bienestar social lo que pretenden es maximizar el número de votos, sabiendo que los votantes elegirán la opción política que más le beneficie individualmente y no necesariamente la que piensen que más beneficie a la sociedad en su conjunto. Existe una lógica detrás de esta asunción, al fin y al cabo, los políticos buscan alcanzar posiciones de poder y, en los sistemas democráticos, estas se alcanzan siendo elegidos por los ciudadanos.

También es bien complicado definir qué es el bienestar social. Cada uno de nosotros tenemos un modelo de sociedad diferente, seguramente influido por nuestra posición económica, social, nuestras experiencias y nuestra educación. ¿Cuál es el correcto? Bergson y Samuelson en 1939 propusieron el concepto de «función de bienestar social», considerando que cada sociedad puede maximizar su bienestar material, dados los recursos de que dispone, de la misma manera que un consumidor hace la compra dado el dinero que puede gastar. Arrow en 1951 demostraría que no es posible configurar un sistema de elección entre distintas alternativas públicas que al mismo tiempo que tenga en cuenta a todos y cada uno de los individuos de una sociedad, no excluya a ningún tipo de preferencias por muy extremas que sean y no tenga un dictador.

Black, Downs y Olson desarrollarían en la década de los 50 las bases del análisis de los votantes, y la gran dificultad de conocer sus verdaderas preferencias, lo contrario a lo que ocurre con esas mismas personas cuando actúan en el mercado como consumidores individuales.

En los años siguientes Buchanan, Tullock y Niskanen inician el análisis de los llamados «fallos del sector público». De la misma manera que el mercado puede fallar en una correcta asignación de los recursos, el sector público también puede producir otro tipo de fallos. Los gobiernos y la burocracia no son entidades necesariamente altruistas. Están formadas por personas que buscan también estar bien pagados, tener poder a través de altos presupuestos, utilizar las instituciones en favor de sus allegados, aumentar su prestigio personal…

Probablemente el fenómeno que más distorsiona las políticas públicas sea la existencia de grupos de interés, muchas veces institucionalizados en *lobbies*. Gary

Becker comenzó el estudio de su efecto depredador sobre el conjunto de la economía. Bhagwati, Anne Krueger, Helpmann, Grossman, entre otros, han mostrado múltiples ejemplos en los que estos grupos perjudican al conjunto de los ciudadanos. La razón es simple pero poderosa. Los grupos de interés actúan sobre elementos muy específicos de las políticas públicas, aquellos que directamente les generan un gran beneficio individual, mientras que los electores tienen que decidir el día de las elecciones sobre todo lo que les afecta.

Por tanto, las decisiones de política se encuentran casi siempre con una situación de tensión. Las actuaciones que benefician al interés general suelen suponer una pequeña ganancia a la mayoría de los ciudadanos y una gran pérdida para unos pocos que se beneficiaban (generalmente de forma ineficiente e injusta) de la situación anterior. Si se realizan este tipo de actuaciones, los beneficios económicos para el conjunto suelen ser amplios, sin embargo, su rentabilidad política es muy escasa ya que la gran mayoría social no suele moverse políticamente como resultado directo de ellas, aunque sí a medio plazo por la mejora económica y social de la comunidad. Por eso, es frecuente que se produzcan tensiones entre los llamados «equipos económicos» de los gobiernos y los «aparatos políticos» de esos mismos gobiernos y los partidos.

La frustración de aquellos que buscan formas de decisión pública más acordes con esta visión del interés general se manifiesta de muchas formas. Un buen ejemplo es «la teoría de la farola» del economista Alan Blinder. Para Blinder, los políticos no quieren expertos que les asesoren en cuestiones económicas y les digan la verdad (que casi siempre es más compleja de lo que piensan), sino que quieren que avalen sus posiciones políticas concebidas de antemano. Un ejemplo es la proposición de que una bajada de impuestos va a producir más recaudación. Cualquier economista sabe que para que eso sea cierto las condiciones teóricas y empíricas son muy extremas, sin embargo, esa proposición se repite hasta la saciedad por aquellos que tienen como política favorecer determinados grupos de interés.

Otros autores, haciéndose eco de los desarrollos de la economía del comportamiento, como Brennan, Lomasky o Caplan, suponen que los votantes son esencialmente irracionales y se basan en creencias y no en conocimientos.

Por todo ello, no han faltado propuestas para sacar del ámbito de la «política» determinadas decisiones públicas. En algunos casos se ha llevado a cabo, como la formalización de la «independencia» de los bancos centrales para desarrollar su política monetaria. Estas propuestas se basan en la idea de que un grupo tecnocrático bien formado tomará mejores decisiones y tendrá preferencias sociales más altruistas que el conjunto de los miembros de los Parlamentos y los gobiernos. Sin embargo, como bien recuerda Tito Livio en la historia de los decenviros, las personas no tienen más propensión al servicio público por el mero hecho de tener una formación determinada, sino por su manera de ser y su trayectoria personal. Un ejemplo es la cesión de las competencias para retribuir las actividades de monopolio natural de las redes de electricidad a la Comisión Nacional de Mercado y Competencia. Tras la cesión, este órgano regulador independiente revisó la retribución de las redes monopolistas a la baja, pero en mucho menor medida que lo que preveían las leyes anteriores que había aprobado el Parlamento.

BIBLIOGRAFÍA

BLINDER, A. S.: *Advice and dissent. Why America suffers when Economics and Politics collide*. New York: Basic Books, 2018.
GROSSMAN, G. M; HELPMAN, E.: *Special interest Politics*. Boston: The MIT Press, 2001.
MUELLER, D. C.: *Public choice III*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

Álvaro NADAL
Técnico Comercial y Economista del Estado
Ex Ministro

VER TAMBIÉN: ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO / CALIDAD DEMOCRÁTICA / CIENCIA DE LA ADMINISTRACIÓN / ELITES POLÍTICAS / ESTADO NEUTRAL / GOBERNANZA / ORGANISMOS REGULADORES / POLÍTICA CIENTÍFICA / POLÍTICA CULTURAL / **PANDEMIA: PERSPECTIVA ECONÓMICA** / POLÍTICA SANITARIA

POPULISMO

Los tiempos populistas han vuelto para vengarse, si es que alguna vez se fueron. En su enaltecimiento nacional, *fascismo* y *populismo* convergen, pero no los confundamos: el primero, elitista, renegaba de la democracia y ensalzaba la violencia; el populismo actual, en cambio, se identifica con un pueblo sacralizado, comulga con una «democracia» electoralista y, en principio, no abusa de la violencia. La totalización teológica del poder y su ejercicio mesiánico-representativo serán la «buena nueva» populista: asalto institucional y contra-hegemonía rupturista.

Los populistas del siglo XXI, en su (re) construcción (anti)democrática del pueblo y como teología legitimadora del antagonismo social, bendicen «su pueblo» y condenan, demonizando, como «anti-pueblo», a todo integrante esquivo o diversidad humana que se les oponga.

Recelemos, por tanto, de la propuesta definitoria más repetida. El populismo no es ninguna «*thin-centered ideology*» (Mudde/Rovira), a izquierda (*abajo-arriba*/vertical: más anti-establishment contra élites corruptas) o derecha (*dentro-fuera/horizontal*: más nativista contra minorías, foráneos, etc.). El populismo, con la resurrección del Schmitt más totalizador, se manifiesta como nueva teología política de la era virtual: pulsiones polarizadoras a través de redes sociales. Pero, con la contención de la lucha de clases, la identificación posmarxista de lo político en la «*razón populista*» (Laclau, 2005) o el «*left populism*» (Mouffe, 2018) no ayuda a resignificar un concepto tan plagado de polos opuestos como de discursos redentores y fronteras definitorias.

Si ojeamos a nivel mundial, ante las nuevas apropiaciones y distribuciones de *nomoi* planetarios, todo son turbulencias que asfaltan caminos y respuestas populistas: 1) Desequilibrios sociales, corrupción y concentración de riquezas; 2) Frustración ante gobernanzas sistémicas/uniformes, rabia anti-globalización, anti-inmigración, regresiones localistas/nacionalistas y fundamentalismos religiosos; 3) «Empoderamiento» digital, «posverdad», algoritmos manipuladores y exaltación binaria y/o plebiscitaria; 4) Desafección ciudadana, volatilidad electoral e inseguridad, también, institucional. En definitiva, guerra partisana total y asedio no ya al viejo *Estado de partidos* (consensual y pluralista), sino a la propia democracia constitucional. Ante esta convulsión espacio-temporal, de valores y conceptos, desde España el populismo nos interpela singularmente: 15-M, Podemos, «procés» independentista, Vox, etc.

Tres pecados clarifican el significante populismo:

A) *Primer pecado*, el «*original*». Paradoja fundante del constitucionalismo democrático: la antinomia mal resuelta –y peor explicada– entre el Pueblo/*poder constituyente* y su realización efectiva por ciudadanos/*poderes constituidos*.
   El *Estado liberal* –neutralización del poder para la salvaguarda de la libertad/burguesa y la propiedad/privada con su separación trina– muta en un *Estado constitucional* (social y democrático) *de Derecho*, obligado a definir al soberano. De ahí su paradoja, no ya liberal sino constitucional: distinción de la titularidad del poder y su ejercicio. El Pueblo constituyen-

te frente a los poderes, constituidos como su representación.

A pesar de la metamorfosis del poder bajo supremacía constitucional, se mantenía –al menos retóricamente– una visión absolutista del Pueblo/Uno, no sujeto a límites. Sin embargo, vigente la Constitución, el constituyente se desvanece: solo proyecta su conversión en ciudadanos y poderes, sometidos a la *superlegalidad formal* (reproducción y reforma jurídica) y *material* (prescripciones e intangibilidad) de la ordenación constitucional.

B) *Segundo, pecado «capital»*. Populismo como teología política/popular. La soberbia supremacista recorre las arengas populistas. Peor todavía: entre los integrantes del pueblo a muchos les seduce esta pasión y su demencia.

Por eso, frente a quienes aducen polisemia, la definición de populismo es meridiana. Invoquemos el magisterio de Kelsen (*Foundations of Democracy*, 1955): *«The slogan vox populi, vox dei has never been taken too seriously»*.

Esta es la novedad y nuestra respuesta conceptual. Hoy, los discursos populistas, sus movimientos y líderes, se han tomado semejante adagio tan en serio que proclaman una y otra vez que la voz del pueblo no solo será original y exclusivo titular de la soberanía, sino su poder absoluto e ilimitado.

Pero, en su «democracia de identidad» (sujeto/objeto de gobierno), esa voz del pueblo se da de bruces, irremediablemente, con la más totalizadora de las representaciones: el mandatario igualador que actúa *«in the Name of the People»* (Errejón/Mouffe, 2016). El desierto espacial (Lefort) que dejó la nueva legitimidad por la guillotina regia (Donoso/Schmitt), lo llenará el proceso de asignación hegemónica del pueblo a partir de significantes vacíos y flotantes (Laclau); pero se *re*presentará públicamente por el líder que se identifica con él y cuya decisión personal es voluntad popular (De la Torre; Vallespín/Bascuñán). Así, la naturaleza distintiva de todo populista va más allá de la dicotomía moralista (anti-élite y anti-pluralismos) de una sociedad partida en dos: el singular *We, the People*, como inmaculado detentador del poder, frente al *Ellos*, esos otros, siempre malvados, que usurpan poder y/o dilapidan recursos.

La guerra existencial contra el constitucionalismo democrático tiene un primer ganador: el mito del Pueblo singular y homogéneo como autodeterminación volitiva renace y acapara adeptos. Contra la conjunción virtuosa del autogobierno colectivo desde la autodeterminación ciudadana en libertad, el populismo deifica el poder del pueblo como ilimitado y, por tanto, opuesto a cualquier control, es decir, es la antítesis del propio constitucionalismo democrático concebido –al menos desde Kelsen– como límite jurídico a todo ejercicio de autoridad, incluso del Pueblo como poder constituyente.

C) *Tercer pecado*, que podría ser *«mortal»* para la democracia constitucional, con una interpretación que refuerza la antinomia constituyente que significa aclamar una totalización decisionista del poder de «mi pueblo/nación», en una definición democrática tan procedimental que permitiría, a través de la revisión, demoler todo*s* nuestro*s* derecho*s*.

Los tres pecados del populismo –*original* de la paradoja constituyente; *capital*, con paroxismo populista como teocracia popular; y herme-

néuticas *letales* en su indefensión de la democracia constitucional– abanderan toda la política actual. Contra la irracionalidad de las pasiones políticas es imprescindible hacer pedagogía constitucional y democrática. Nada fácil en tiempos de repliegues fundamentalistas y odios identitarios.

BIBLIOGRAFÍA

Canovan, M.: *The People*. Cambridge: Polity Press, 2005.

De la Torre, C.: *Routledge Handbook of Global Populism*. London: Routledge, 2019.

Mudde, C.; Rovira, C.: *Populism. A Very Short Introduction*. New York: Oxford University Press, 2017.

Müller, J.-W.: *What is Populism?* Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2016.

Sanz, J. A.: «Teologías populistas *versus* constitucionalismo democrático, o la pedagogía de la democracia y sus límites», en *Revista de las Cortes Generales*, 107 (2019).

Vallespín, F.; Martínez Bascuñán, M.: *Populismos*. Madrid: Alianza Editorial, 2017.

José A. Sanz Moreno
Profesor de Derecho Constitucional
Universidad Complutense

VER TAMBIÉN: CALIDAD DEMOCRÁTICA / DEMOCRACIA / DESAFECCIÓN POLÍTICA / EMOCIONES POLÍTICAS / *FAKE NEWS* / GLOBALIZACIÓN / PODER CONSTITUYENTE / POSVERDAD

POSVERDAD

Desde finales del siglo xx está viva la definición de nuestra época bajo el rubro de la *posmodernidad*. Se difunde a la vez la noción de *posthumanismo*, como obligada superación del humanocentrismo que marcó nuestra civilización desde el Renacimiento y tuvo fecunda continuidad en la Ilustración, cuya impronta racionalista se está poniendo también en entredicho. De acuerdo con Bauman, nuestra *modernidad líquida* se nutre del desapego, de la discontinuidad y del olvido. En este contexto surge un nuevo concepto: la *posverdad*. De la fuerza de su impacto da fe que el más prestigioso diccionario inglés lo distinguiese en 2016 con el título honorífico de palabra del año.

Para el Oxford, *post-truth* es un adjetivo referente a circunstancias que denotan que los hechos objetivos influyen menos en la formación de la opinión pública que los llamamientos a la emoción y a las creencias personales. En 2004, el periodista Eric Alterman calificó como «presidencia de la posverdad» la de George W. Bush. Y siempre en esta clave política, se reaviva su vigencia gracias a los partidarios del llamado Brexit, y a las declaraciones de Donald Trump.

The New York Times reveló que los *twits* que Trump publicó en sus primeras semanas en la Casa Blanca, en noventa y nueve casos propalaban falsedades. Por ejemplo, que era quien más veces había centrado la portada de *Time*. Mentía al mencionar 14 o 15 números, cuando fueron exactamente once, mientras que Nixon llegó a tener 55. Y según el blog de verificación de datos de *The Washington Post,* en 466 días del despacho oval, el presidente profirió 3.000 mentiras, todo un récord: 6,5 afirmaciones diarias que no eran ciertas.

Por suerte, la *post-truth* inglesa ha encontrado sin mayor problema una traducción al español impecable: *posverdad*. En las bases de datos de la RAE aparece con testimonios que se remontan a 2003, cuando Luis Verdú hablaba ya de «la era de la posverdad». La palabra se incorporó a finales de 2017 como neologismo a nuestro *Diccionario de la lengua española* en la red. Para definir *posverdad*, que en castellano no es adjetivo sino sustantivo, se partió de la idea de toda información o aseveración que no se basa en hechos objetivos, sino que apela a las emociones, creencias o deseos del público; como una distorsión deliberada de una realidad, que manipula creencias y emociones con el fin de influir en la opinión pública y en actitudes sociales.

La *post-truth* se nutre básicamente de las llamadas *fake-news*, falsedades difundidas a propósito para desinformar a la ciudadanía con el designio de obtener réditos económicos o políticos. Eso es lo que con una precisión y economía lingüística admirables el español denomina *bulo*: «Noticia falsa propalada con algún fin», según reza el Diccionario académico.

Destaca, a este respecto, el argumento de una funcionaria de la Casa Blanca, que desautorizaba las críticas que provocó el portavoz del presidente Trump en el sentido de que su toma de posesión había sido la más concurrida de la historia. La asesora Conway adujo que, en contra de las fotografías, videos y crónicas de cuando Barak Obama juró en olor

de multitudes, su equipo de comunicación manejaba «hechos alternativos». Alternativos a la verdad factual, se entiende. Verdaderas *fake-news*, noticias falsas –o mejor, «falseadas»–, que inevitablemente nos remiten a aquel genio malvado de la comunicación que fue el filólogo Joseph Goebbels, para quien el asunto era muy simple: una mentira repetida adecuadamente mil veces se convierte en verdad.

¿Resultará un tanto benévola esta definición? Probablemente sí, si la comparamos con la que el escritor Julio Llamazares formuló en el diario *El País* el 22 de abril de 2017: «La posverdad no es una forma de verdad, es la mentira de toda la vida». Y la *mentira* forma parte de los recursos inherentes a la práctica política. Nicolás Maquiavelo es muy claro a este respecto. No tiene empacho en afirmar que un gobernante prudente no puede ni debe mantener la palabra dada cuando tal cumplimiento redunda en perjuicio propio y cuando han desaparecido ya los motivos que le obligaron a darla. No le faltarán, además, razones legítimas con las que disimular o justificar su inobservancia de lo prometido. El que manda debe ser un gran simulador y disimulador. Y concluye con una máxima que sigue siendo de plena aplicación hoy en día: las personas somos tan crédulas y estamos tan condicionadas por las urgencias cotidianas que el que quiera engañar encontrará siempre quien se preste a ello. En la misma línea, según Hannah Arendt, el «estar en guerra con la verdad» va implícito en la naturaleza de la política, definida ya en su día por Benjamin Disraeli como «el arte de gobernar a la humanidad mediante el engaño».

Pero en términos de la Pragmática lingüística, aquella disciplina que trata del funcionamiento del discurso en relación tanto al que lo enuncia como al que lo recibe y al contexto de ambos, cuyo texto fundamental es el *Tractatus logico-philosophicus* de Ludwig Witgenstein, traducido al español por Enrique Tierno Galván, la afirmación de Maquiavelo equivale a decir que los actos ilocutivos producidos, por ejemplo, en un mitin o en un tuit presidencial son aserciones exentas del requisito de la verificación.

No parece muy probable que Trump haya sido asiduo lector de filósofos franceses como Jacques Derrida o Michel Foucault. Pero es evidente la conexión entre la posverdad y un clima de pensamiento posmoderno por ellos propiciado, que tuvo mayor arraigo en los campus norteamericanos que en Europa. La llamada *deconstrucción*, un signo más de la sociedad líquida, dejó el terreno abonado para el triunfo de la posverdad, y a todo ello contribuye también el éxito de la llamada *inteligencia emocional,* que, exacerbada y banalizada, puede conducir a la quiebra de la racionalidad. Porque es cierto que la deconstrucción viene a sugerir que la literatura y, en general, el lenguaje puede carecer de sentido, que es como una especie de algarabía de ecos detrás de la que no hay voces genuinas, hasta el extremo de que el sentido se desdibuje o difumine por completo. Esto equivale a una manifestación radical en contra de una «hermenéutica positiva» como la representada por Schleirmacher, para la que, hiperbólicamente, el significado de un texto es exactamente el que el autor quiso darle. Semejante postura resulta igualmente equivocada. El libro significa, asimismo, lo que el lector quiere que signifique, pero desde este relativismo hermenéutico, que la Fenomenología explica por la evidencia de que la obra literaria es un esquema que debe ser «rellenado» por el lector en sus «lugares de indeterminación», todavía queda mucha

distancia para llegar a una «hermenéutica negativa», que niegue a todo enunciado estable la capacidad de transmitir sentido.

Quienes se han venido ocupando de la posverdad coinciden en destacar tres vectores para comprenderlo mejor. El más importante ya lo hemos apuntado: el aprovechamiento económico o político de esas estrategias conducentes a la tergiversación sistemática de la verdad. Y es muy interesante cómo los propios norteamericanos mencionan el precedente de la campaña *Remember the Maine*, desencadenada por William Randolph Hearts a partir de 1890 para propiciar una la guerra contra España. Y en la misma línea se sitúa el denominado *science denialism*: la negación programada de las evidencias aportadas por los científicos acerca de que fumar producía cáncer, promovida desde 1953 por el *Tobacco Industry Research Committee*, y ya en el nuevo milenio, la controversia del calentamiento global y el cambio climático alimentada desde el *Heartland Institute*, financiado por Philip Morris, ExxonMobil y los hermanos Koch.

Un segundo vector tiene que ver con la poderosa irrupción de inéditos medios de comunicación propiciados por las nuevas tecnologías, que han causado el declive de la prensa y las grandes cadenas de radio y televisión no solo en términos comerciales, sino también en cuanto a la credibilidad. El problema está en que estos nuevos cauces sociales influyen mucho más, pero carecen del control profesional de la información, de objetividad y de toda deontología. Finalmente, también se aducen argumentos tomados de la Psicología social, como la influencia de ciertos *cognitive biases*, de los prejuicios o predisposiciones que debemos admitir en nosotros mismos aunque nos revelen que somos menos racionales de lo que pensamos. Algo que ya apuntaba Maquiavelo: nuestra ilimitada credulidad.

Aparte de los bulos característicos de Trump y de los *brexiters*, no deja de denunciarse constantemente la intensificación de las campañas desinformativas en otros países como Hungría, Rusia o Turquía. Y entre nosotros, pensemos simplemente en el *procés*, que daría mucho que estudiar a propósito de la posverdad. Lo es afirmar que una Cataluña independiente seguiría formando parte de la Unión Europea y de la OTAN, que sería inmediatamente reconocida por los Estados miembros de la ONU, o que la nueva República se convertiría en un emporio de riqueza y que proliferarían las empresas deseosas de radicarse en semejante paraíso. Y en esa sutil frontera que va de la posverdad a la pura mentira se encuentra la afirmación reiterada de que la aplicación del artículo 155 de la Constitución constituye un golpe de Estado, o que es aplicable a Cataluña el derecho de autodeterminación, tan solo reconocido en la legislación internacional a países sojuzgados por una potencia colonialista.

BIBLIOGRAFÍA

D'Ancona, M.: *Posverdad. La nueva guerra contra la verdad y cómo combatirla*. Madrid: Alianza, 2019.

Mcintyre, L.: *Post-Truth*. Cambridge: The MIT Press, 2018.

Rabin-Havt, A.; Matters, M.: *Lies, Incorporated. The World of Post-Truth Politics*. New York: Anchor Books, 2016.

Villanueva, D.: *Corrección política, lengua y posverdad*. Madrid: Fundación Santillana, 2019.
Wilber, K.: *Trump y la posverdad*. Barcelona: Kairós, 2018.

Darío Villanueva
De la Real Academia Española
Catedrático de Teoría de la Literatura y Literatura Comparada
Universidad de Santiago de Compostela

VER TAMBIÉN: COMUNICACIÓN POLÍTICA / DEMOCRACIA / DISCURSO POLÍTICO / *FAKE NEWS* / LIBERTAD DE EXPRESIÓN / POLÍTICA / POPULISMO

PROGRESO

Del latín *progressus*, ir hacia adelante, avanzar y, por extensión, perfeccionarse, mejorar. Las sociedades clásicas –así la grecolatina–, y en general todas las tradicionales, tienden a concebir que la perfección se halla en el pasado de una Era Dorada y el presente es una decadencia o corrupción natural de aquel estado primigenio de perfección. Ello es consecuencia, sin duda, del «peso» de las tradiciones que lleva a buscar la solución a los problemas del presente en las actitudes adoptadas en el pasado, en las costumbres y tradiciones, de modo que lo usual era pensar en términos de ciclos de decadencia y progreso (una orientación que será renovada por G. Vico en su teoría de los *corsi e ricorsi*, reforzada por Pareto en su teoría de la circulación de las elites, y por historiadores no progresistas como Spengler, Gibbon o Toynbee). Todavía en el Renacimiento el redescubrimiento de la cultura clásica hace percibir el presente como decadencia al contrastarlo con la brillantez de aquel pasado. Las sociedades modernas, por el contrario, al menos desde el siglo XVII y claramente desde el XVIII, tienden a pensar que las tradiciones son rémoras, oscurantismos o fetichismos, y la solución a los problemas del presente se encuentra en la razón y la ciencia movidas por tres ideas claves: el *Plus Ultra* de Francis Bacon, más allá siempre; el *sapere aude* kantiano, atreverse a saber; y la *duda metódica* cartesiana, nada es sagrado y todo debe ser sometido a la crítica de la Razón. Por ello la perfección se encontrará en el futuro, y el progreso es el camino que, gracias al trabajo y las técnicas, desde el presente lleva a ese futuro más perfecto.

Esta distinta orientación temporal, hacia el pasado o hacia el futuro, ha sido puesta en relación con numerosas variables. Así, Max Weber vio en la religiosidad hebrea antigua y en la idea de la segunda llegada del Mesías para construir el Reino de Dios en la tierra, una primera orientación hacia el futuro y, por lo tanto, las raíces de la idea occidental del progreso. En todo caso, es bastante evidente que la teoría moderna del progreso secularizó el providencialismo divino transformando la utopía religiosa del más allá en una utopía racional, como argumentaron C. Becker en *The Heavenly City of the Eighteenth-Century Philosophers* (1932) y J. B. Bury en *The Idea of Progress* (1932).

En cualquier caso la teoría del progreso es formulada por pensadores Ilustrados, inicialmente con connotaciones religiosas (así en el pre-ilustrado Bacon, como modo de recobrar el Paraíso gracias al trabajo humano apoyado en las artes y las técnicas), y siempre se sustentaba en la racionalidad natural del hombre, de una parte, en su perfectibilidad infinita como *tabula rasa* sobre la que la educación «todo lo puede» (Helvetius); de otra y, finalmente, en el avance progresivo y constante de los conocimientos que, al provenir de la experiencia, progresan al hacerlo esta. Inicialmente elaborada por Turgot (*Discurso sobre los progresos sucesivos del espíritu humano*, 1759) y Condorcet (*Esbozo de un cuadro histórico del progreso del espíritu humano*, 1794) alcanzará su formulación canónica en Saint-Simon y, sobre todo, con la teoría de los tres estados o fases de la humanidad de A. Comte. Efectivamente, este creía que el motor de la Historia se hallaba en los conocimientos humanos y que estos habían pasado por tres fases: la teológica, en la que los conocimientos se

organizan en discursos religiosos, animistas y místicos; la fase metafísica, en la que se organizan en discursos políticos o filosóficos; y, finalmente, la fase científica o positiva, en la que la ciencia deviene el discurso dominante. El progreso sería así resultado de la mayor perfección de los conocimientos. La historia se concebía como el avance de las luces y la razón frente a la oscuridad y la irracionalidad.

Todo el pensamiento decimonónico comparte esa fe –sin duda de origen religioso– en el avance de la racionalidad y en el progreso de la humanidad. *El origen de las especies* de Ch. Darwin (1859) sería una confirmación positiva de la teoría del progreso al revelar al hombre como mascarón de proa de la evolución del mundo. Y de ahí que el organicismo y el evolucionismo decimonónico (Spencer y los darwinistas sociales) compartieran al tiempo la fe en el progreso con la idea de la superioridad de Occidente y su «misión civilizadora». Imperialismo que, desde fundamentos distintos, compartiría igualmente el marxismo para quien, «del mono proviene el hombre, del cual la sociedad primitiva, de la cual la esclavista, de la cual la feudal, de la cual la capitalista, de la cual la utopía comunista» (García Calvo).

Así, toda la Sociología clásica parte de la creencia, rara vez discutida, en el progreso, lo que se percibe claramente en la organización dicotómica de su esquema básico que concibe la Historia como un progreso lineal en dos fases, la tradicional y la moderna: modo de producción feudal *versus* modo de producción capitalista (Marx); sociedades militares *versus* sociedades industriales (Spencer); comunidad tradicional frente a asociación moderna (Toennies); solidaridad mecánica *versus* solidaridad orgánica (Durkheim); estatus *versus* contrato (S. Maine), etc. En resumen, sociedad tradicional *versus* sociedad moderna. La Antropología sería aún más radical: salvajismo o barbarie *versus* civilización. La Sociología puede así ser considerada como un intento de captar esa evolución, ese progreso, pero al tiempo como un intento de impulsarlo performativamente.

Debe destacarse que, aunque de origen occidental, la teoría del progreso se impuso fácilmente en el mundo no-occidental hasta el punto de que todos los modelos de desarrollo diseñados para países del Tercer Mundo (ya fueran democrático-capitalistas o comunistas) implicaban una «modernización» (ya sea política, económica o social) de sus sociedades que, aparentemente, debía reproducir las fases o estadios de la modernización de Occidente.

La teoría del progreso, sin duda uno de los componentes ideológicos centrales del pensamiento moderno, comenzó a ser puesta en entredicho por el historicismo alemán que defendía el carácter histórico y, por lo tanto, cambiante y contextual, de la razón. Y comenzó a ser abiertamente criticada con la crisis del positivismo clásico a finales de siglo, y durante el siglo XX, sobre todo a partir de la Gran Guerra. Frente a la ingenua creencia de que la Razón se realizaba en la Historia, el siglo XX, con el desarrollo del nazismo, el genocidio, el Gulag comunista, y la sociedad de masas y, finalmente la Guerra Fría y la amenaza constante de Holocausto y «destrucción mutua asegurada» (MAD, *mutually assured destruction*) parecían mostrar más bien *El asalto a la razón* (1959), título de uno de los ensayos de G. Lukacs. *La decadencia de Occidente* de O. Spengler, publicado en 1920, éxito editorial en su momento, contribuyó a generalizar esa actitud crítica hacia el progreso. Pero quien mejor epitomiza ese cambio de actitud es Max Scheler al criticar la teoría comtiana de

los tres estados arguyendo que el saber religioso, el metafísico y el científico se dan en todo tipo de sociedad pues responden a intereses distintos, sustituyendo así una teoría progresiva del saber por otra estructural.

No obstante, la crítica más fuerte al progreso proviene del posmodernismo que, apoyándose en Nietzsche, pone en entredicho la fe en la ciencia y el mismo valor del conocimiento científico, recobrando temas del historicismo alemán (sobre todo la diversidad de la razón y su carácter contextual o social) o de la tradición weberiano-frankfurtiana (la crítica a la razón instrumental). La amenaza constante que el «progreso» supone frente al medio ambiente y la duda sobre la sostenibilidad del modelo de economía de mercado refuerzan ese pesimismo.

En todo caso, en la teoría del progreso deben diferenciarse claramente tres dimensiones; el progreso moral o ético, el estético y el cognitivo. Pues, así como el primero es más que discutible (y por eso Aristóteles o Platón, por no decir Confucio, Buda o Jesús de Nazaret, son clásicos hoy), y en el segundo se asiste más a re-nacimientos o dinámicas de regreso y recuperación de sensibilidades pasadas, en el ámbito cognitivo el progreso –entendido en un sentido estrictamente instrumental y cuantitativo– es indiscutible y no puede razonablemente dudarse de que el avance de los conocimientos ha sido –y sigue siendo– espectacular.

BIBLIOGRAFÍA

Becker, C.: «Progress», en Seligman y Johnson, eds., *Encyclopedia of the Social Sciences*. New York: McMillan, 1934, vol. XII.

Bock, K.: «Teorías del progreso, el desarrollo y la evolución», en T. Bottomore y R. Nisbet, eds., *Historia del análisis sociológico*. Buenos Aires: Amorrortu, 2001.

Condorcet, J. A.: *Bosquejo de un cuadro histórico de los progresos del espíritu humano*. Madrid: Editora Nacional, 1980.

Nisbet, R.: *Historia de la idea de progreso*. Barcelona: Gedisa, 1981.

Wagar, W. W., ed.: *The Idea of Progress since the Renaissance*. New York: John Wiley and Sons, 1969.

Emilio Lamo de Espinosa
Académico de Número de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas
Catedrático Emérito de Sociología
Presidente del Real Instituto Elcano

VER TAMBIÉN: CIENCIA / DEMOCRACIA GLOBAL / GLOBALIZACIÓN / FORMAS POLÍTICAS / HISTORIA / **PANDEMIA: PERSPECTIVA SOCIOLÓGICA** / POLÍTICA CIENTÍFICA / SOCIEDAD CIVIL

PSICOLOGÍA POLÍTICA

El campo de la Psicología política es interdisciplinar y es también uno de los más activos en las ciencias sociales. Su temática la forman los temas y problemas psicológicos en relación con los de la realidad política. Es un saber aplicado al mundo de la política, tal como esta se materializa en nuestras sociedades.

Por política se entiende, según enseña el DRAE, a la vez un conocimiento y una actividad. El primero vendría a ser la «ciencia que trata del gobierno y la organización de las sociedades humanas, especialmente de los Estados»; la segunda, correlativamente, sería la «actividad de los que gobiernan o aspiran a gobernar los asuntos que afectan a la sociedad o a un país». Como dicen Laswell y Kaplan, «el tema de la Ciencia política lo constituye la conducta de las personas, con varias perspectivas de acción, y organizadas en grupos de complejidad variable» (1950: 1). Con esa actividad se gobierna, o se aspira a gobernar las sociedades, en sí mismas (política interior) o en sus interrelaciones (política exterior o internacional).

Una definición ampliamente aceptada afirma que «la Psicología política (es) el estudio de la contribución de los procesos psicológicos a la conducta política, y de los efectos psicológicos de los sistemas y acontecimientos políticos» (Sabucedo, 1996: 20). Incluye, pues, la actividad de mentes humanas, que intervienen en el ordenamiento de los procesos colectivos, el análisis y determinación de las elites y líderes, las conductas de las masas, la comunicación y socialización políticas, los conflictos y problemas nacionales e internacionales, los sistemas y procesos electorales, los tipos de personalidad y las preferencias políticas… (Reynolds, 2018). Es un campo abierto a muy diversos desarrollos, casi siempre con consecuencias aplicadas.

La reflexión política se ha dado a lo largo de la historia, desde Platón y Aristóteles a Marx o Freud (Ebenstein, 1965), Max Weber u Ortega y Gasset. Sin embargo, la Psicología política surgió en los años 1970s, con estudios especializados, sociedades, revistas y congresos de la materia.

La Psicología, como estudio de los factores psicológicos que operan en las conductas de los individuos y los grupos, desembocó en un conocimiento sistemático sobre la «mente humana individual», su infraestructura psicobiológica, así como de los caracteres propios de los comportamientos de las sociedades y los pueblos, objeto este de la Psicología social. Ambas terminaron por generar un análisis de las conductas que intervienen en la actividad política que rige los pueblos. La Psicología política vino a ser «una aplicación de lo que se sabe acerca de la Psicología humana al estudio de la política» (Sears, Huddy, & Jervis, 2003: 3).

Aunque se ha caracterizado este campo por la «diversidad de enfoques» utilizados, la «pluralidad metodológica», y la ausencia de una «integración temática» universalmente aceptada (Garzón, 2008), hay una amplia coincidencia entre los autores a la hora de establecer una lista de temas básicos. Según K. Reynolds, reciente presidente de la ISPP, los más tratados en cerca de veinte reuniones anuales de la sociedad habrían sido: conflicto, violencia y terrorismo; liderazgo; personalidad política; conducta política; parti-

cipación y compromiso civil; opinión pública y comunicación política; y nuevos desarrollos teóricos y metodológicos.

Muchos de esos estudios, al tratar de hallar una base psicológica a las diferentes conductas políticas implicadas en los procesos estudiados, tienden a recurrir a los distintos tipos de personalidades que se dan entre los individuos.

Así, la Revolución soviética y los movimientos fascistas del primer tercio del siglo xx hicieron pensar en la existencia de una personalidad que favorecería ese tipo de movimientos, rechazando la libertad y promoviendo el autoritarismo. Ortega y Gasset (en *La rebelión de las masas*, 1930) describió al que llamó «hombre masa», como un tipo etnocéntrico, partidario de la violencia y no de la razón, antiliberal, «niño mimado» que se creería con derecho a disfrutar de la civilización sin asumir ningún deber a cambio. Poco después, Wilhelm Reich, judío austríaco emigrado a Estados Unidos (en *Psicología de masas del fascismo*, 1933), pensó que esas masas sumisas y obedientes ante el poder procedían de familias con figuras paternas fuertemente represivas; y, en fin, en 1941, Erich Fromm, judío alemán, creyó que había una personalidad con «miedo a la libertad» (título de su libro), por un deseo de seguridad desmedido y un temor a la soledad que acompaña a toda decisión estrictamente personal. Al tiempo, en la Alemania nazi, E. R. Jaensch distinguió entre un tipo de individuo rígidamente sometido al orden y a las normas («personalidad integrada»), y otro más liberal e individualista (personalidad «desintegrada»), con base biológica diferente en cada caso. Estas exploraciones desembocaron en 1950 en un gran estudio sobre «*la personalidad autoritaria*», llevado a cabo en Estados Unidos por investigadores alemanes procedentes de la Escuela de Frankfort, y otros americanos: Theodor Adorno, Daniel Levinson, Else Frenkel-Brunswik y R. Nevitt Sanford. Presentaron un tipo de personalidad, concebida al modo psicoanalítico, que tendría una posición antisemita, de odio a lo judío, con aceptación de la autoridad propia y etnocentrismo o rechazo de toda posición diferente, necesitada de pertenecer a un grupo que le respalde y dé seguridad, y dominada por ideas estereotipadas. Para su estudio diseñaron una «Escala F», para medir la predisposición al fascismo, junto a otras de antisemitismo (AS), conservadurismo político y económico (PEC) y etnocentrismo (E). El tema tuvo enorme impacto y también muchas críticas.

Otros autores, como Hans Eysenck (1964), han afirmado que se podrían explicar los comportamientos políticos a partir de unas actitudes adquiridas por los individuos en base a los rasgos de su personalidad. Estos presentarían dos dimensiones: una de conservadurismo *versus* radicalismo (factor R), y otra de «mentalidad dura *versus* mentalidad blanda» (factor T). Habría así un autoritarismo duro de derechas (fascismo) y otro de izquierdas (comunismo), y posiciones intermedias más blandas ocupadas por conservadores y socialistas. Habría, pues, un elemento innato, y otro aprendido, en esos comportamientos. Estudios posteriores han aprovechado muchas de estas ideas dándoles otro alcance y relieve. (Mencionemos, por ejemplo, los de Milton Rokeach, *The open and closed mind,* así como los de muchos autores, sobre la mencionada escala «F»; en España son notables los de J. L. Pinillos, J. Seoane, J. M. Sabucedo, entre otros).

Estudios muy recientes parecen confirmar que el voto y la posición ideológica de las personas depende de sus creencias acerca de la vida y la sociedad, y estarían determinados por la asunción

de ciertos valores políticos básicos –la libertad, la seguridad…– ligados a una red de valores personales, y todo ello dependería de la personalidad individual y de sus experiencias vitales (Caprara y Vecchione, 2018). Así, los rasgos básicos de personalidad (los *big five* de McCrae y Costa, 1990); los valores básicos y los valores políticos; los diez valores de Schwartz (1992, como «hedonismo», «tradición», etc.), podrían explicar una parte significativa de las preferencias políticas individuales de «derechas e izquierdas» sobre las que se funda su conducta política, incluido su voto en las elecciones.

Hay un proceso de socialización que hace posible la adquisición de valores políticos, modulado por las experiencias básicas vitales. Ello no solo explicaría las preferencias ideológicas, la forma de votar y de participar en la vida pública, sino también otros muchos fenómenos característicos de la actividad política en las sociedades desarrolladas. Así, una cierta personalidad básica, y algunas experiencias biográficas, pueden llevar a la aparición de una figura de líder dentro de un grupo social dado, así como otras experiencias más bien opuestas pueden determinar el surgimiento de individualidades que aplican la violencia y el terror a la resolución de cuestiones sociales (terrorismo, en sus diversas formas). Esos elementos, operando en otras muchas individualidades, genera actitudes de rechazo y desinterés por la acción política. Muchos estudios han mostrado la importancia en todas esas decisiones de los modelos conocidos, y las circunstancias emocionales, así como la limitada racionalidad de muchas de las decisiones que se hacen al respecto.

Estas y otras cuestiones son básicas a la hora de diseñar un proceso formativo de la ciudadanía en una democracia, así como al tratar de mantener las sociedades democráticas, previniendo los brotes de violencia y las amenazas populistas y totalitaristas que surgen en los distintos ámbitos de convivencia.

La Psicología social de nuestro tiempo está lejos de ser una esfera de conocimientos puros situada en una torre de marfil, y es, cada vez más, un elemento de gran valor práctico, sometido con frecuencia a las propias tensiones políticas sobre las que versa, y a las que pretende ordenar.

Más información puede hallarse en la *Internacional Society for Political Psychology* (https://www.ispp.org), y en el European Centre for Political Psychology, en Lund University, Sweden, que informan sobre revistas especializadas.

BIBLIOGRAFÍA

Caprara, G. V.; Vecchione, M.: «On the Left and Right Ideological Divide: Historical Accounts and Contemporary Perspectives», en Advances *in Political Psychology,* 9, Suppl. 1 (2018).

Ebenstein, W.: *Los grandes pensadores políticos*. Madrid: Revista de Occidente, 1965.

Eysenck, H.: *Psicología de la decisión política*. Barcelona: Ariel, 1964.

Garzón, A.: «Teoría y práctica de la Psicología Política», en *Información Psicológica,* 93 (2008).

Jost, J. T.; Sidanius, J.: *Political psychology. Key readings*. New York: Psychology Press, 2004, en especial, capítulo de R. Brown «The authoritarian personality and the organization of attitudes».

Lasswell, H.: *Psychopathology and politics*. New York: Viking Press, 1962.
Lasswell, H.; Kaplan, A.: *Power and society. A framework for political inquiry*. New Haven: Yale Univ. Press, 1950.
Mccrae R.; Costa, P. T.: *Personality in adulthood*. New York: Guilford Press, 1992.
Reynolds, K. J.: Where have we come from and where are we heading? An examination of ISPP as a diverse and international Society. In https://www.ispp.org/ (2018).
Sabucedo, J. M.: *Psicología política*. Madrid: Síntesis, 1996.
Schwartz, S. H.: «Universals in the content and structure of values: Theoretical advances and empirical tests in 20 countries», en M. Zanna (ed.), *Advances in experimental social Psychology* (*Vol. 25*). New York: Academic Press, 1992.
Seoane, J.; Rodríguez, A.: *Psicología política*. Madrid: Pirámide, 1988.
Stone, W.: *The Psychology of Politics*. New York: Free Press, 1974.
Van Ginneken J.: «Outline of a Cultural History of Political Psychology», en *The Psychology of Politics*. New York: Springer, 1988.

Véanse también las obras clásicas de Ortega y Max Weber que se citan en el texto

Helio Carpintero Capell
Académico de Número de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas
Presidente de la Academia de Psicología
Catedrático de Psicología
Universidad Complutense de Madrid

VER TAMBIÉN: AUTORITARISMO / CIENCIA POLÍTICA / COMUNICACIÓN POLÍTICA / CULTURA POLÍTICA / DESAFECCIÓN POLÍTICA / DISCURSO POLÍTICO / EMOCIONES POLÍTICAS / *FAKE NEWS* / LIBERTAD POLÍTICA / LIDERAZGO POLÍTICO / OBJECIÓN DE CONCIENCIA / POLÍTICA / POSVERDAD / TOLERANCIA

PUEBLO

El concepto de pueblo es tal vez uno de los más discutidos en la larga tradición del pensamiento político. A lo largo de la Historia, desde las concepciones de los filósofos y gobernantes de la Grecia clásica y la república y el imperio romano, la idea de «pueblo» atraviesa de manera crucial las disputas que surcaron las Revoluciones americana y francesa y las independencias en América Latina, hasta los debates de la teoría política y constitucional moderna. Asimismo, ha sido una parte fundamental de las disputas semánticas durante el periodo de incorporación de las masas a la política en el siglo XX, lo que incluso llega con vigor hasta nuestros días. En toda época a la que se refiera, la noción de pueblo ha estado marcada, al menos, por un punto de acuerdo y dos sentidos en disputa.

En cuanto primer aspecto, al punto de acuerdo, debe destacarse que el pueblo remite a la multitud, la muchedumbre, a los «muchos», al *demos*. Si bien no requiere como atributo conceptual de la presencia física, su invocación es suficiente para dicha reminiscencia. En este punto conviene hacer una distinción en la tradición política entre la idea de «pueblo» y la noción de «masa», pues en la mirada sociológica estos términos podrían resultar familiares. En esta línea, se destaca la visión que José Ortega y Gasset plasmó en *La rebelión de las masas:* «(…) conviene que se evite dar desde luego a las palabras «rebelión», «masas», «poderío social», etc., un significado exclusiva o primariamente político. La vida pública no es solo política, sino, a la par y aun antes, intelectual, moral, económica, religiosa; comprende los usos todos colectivos e incluye el modo de vestir y el modo de gozar (…)» (2010: 10). El pueblo, entonces, puede ser entendido en la Sociología más por características sociales que por atributos políticos. Por el contrario, en términos de la tradición de pensamiento político, el «pueblo» (y todo uso del término) tiene un carácter eminentemente político. De este modo, esta apelación a la muchedumbre refiere estrictamente a una multitud política: hay una causa o interés común, de carácter público o político, que le da sentido a su existencia y pertenencia.

Por su parte, en cuanto a las divergencias, siempre dentro de la tradición de discurso propio de la Filosofía política, el concepto adquiere dos sentidos fundamentales y antitéticos: el pueblo puede ser visto como un todo o como una parte de una comunidad mayor. Cuando el pueblo es usado como una totalidad, se trata de una categoría igualadora. La misma pretende barrer con cualquier distinción social, como la clase. No obstante, el mismo también mantiene una frontera difusa con otra denominación de un conjunto social más restrictivo: el pueblo no es la elite. En esta última acepción, el pueblo es una parte de una comunidad imaginada, de la que se distingue y a la vez se opone a ella.

La visión de «pueblo como un todo» que representa el interés general, ha sido fundamento del poder público, y de la creación de instituciones y de la solidaridad intergeneracional plasmada en la teoría constitucional moderna, mientras que el «pueblo como una parte» ha conducido al cuestionamiento del *statu quo* y a producir resultados desinstitucionalizadores. Es decir, en la primera acepción, se trata de un pueblo como fundamento del contrato social y del empoderamien-

to del gobernante; en la segunda acepción, en cambio, se trata de un pueblo con derecho a la autodeterminación y la desobediencia civil.

Rastreando sus orígenes, podría decirse tal vez que la idea de «muchos» asociada al gobierno estaba ya presente en Aristóteles, cuando piensa a la república como el gobierno de la mayoría siguiendo intereses comunes, y a su forma corrompida, la democracia, como el gobierno de la mayoría en contra de la minoría. Sin embargo, es con la república romana donde comenzó a adquirir parte del significado que tomaría hasta nuestros días. Para los romanos de la *res pública*, la *civitas* –la ciudadanía– comprendía tanto las familias patricias como el *populus*. Las primeras, las elites, correspondían a aquellas que tenían *gens*– es decir, que podían mostrar su vínculo familiar con Rómulo y los fundadores originales de Roma–, y que estaban representadas en el *senatus*. La segunda, el *populus*, refería a aquel grupo poblacional que ingresó progresivamente en Roma con la caída de la monarquía, y estaba representado en las *comitia centuriata*. En el tiempo, este grupo incluye a los plebeyos, quienes no tenían origen en las familias fundadoras de la ciudad. Desde esta perspectiva, el pueblo es una parte, y así puede observarse su carácter antielitista. Ahora bien, Senado y *comitia centuriata* representaban, en conjunto, al *populus romanus*. En esta segunda acepción, el pueblo es visto como una totalidad.

En las revoluciones modernas, el pueblo es el titular de la soberanía, desplazando a la religión y la monarquía como justificación del poder político. Para los «contractualistas», es el pueblo el que, por medio de un contrato social, delega en sus representantes el gobierno de lo público, que es por ello un gobierno representativo. Si el pacto es violado, el pueblo puede rebelarse y desobedecer. En este sentido, el pueblo está constituido por todos los que son gobernados, y es una categoría utilizada para la construcción de instituciones políticas.

Esta visión está presente también en el *Bill of Rights* inglés de 1689, en el que se apela al pueblo como «todos los estamentos» representados en el Parlamento de *Westminster*, y en el Preámbulo de la Constitución de Estados Unidos de 1787 adoptada por la Convención de Filadelfia. En la Francia inmediatamente pre-revolucionaria, el pueblo está asociado con el «Tercer Estado», que son los «no privilegiados», quienes tienen que pagar impuestos, y también los más numerosos.

Las construcciones contemporáneas del pueblo han mantenido estas dos acepciones. El pueblo como comunidad de iguales, con un interés común, y el pueblo como la multitud que se define por oposición a la elite. En líneas generales, las diversas formas de concebir al pueblo tuvieron distintas consecuencias en las formas de organizar el poder político. El pueblo como un todo ha seguido asociándose a la creación de instituciones en las repúblicas constitucionales, en tanto ha dado forma a argumentos para organizar y disciplinar el poder político y proteger los derechos consagrados. A diferencia de esta acepción, el concepto de pueblo como una parte, y especialmente bajo formas antagónicas, ha fundamentado la acción política a partir de un prejuicio antiinstitucional, e incluso, desinstitucionalizador.

En las teorías populistas se concibe al pueblo como una parte con intereses especiales, enfrentada a una elite, que es organizada y movilizada por un líder carismático capaz de interpretarla. Las instituciones solo introducen una barrera para la relación privilegiada entre líder y

masa, y por tanto son vistas como contramayoritarias y antipopulares. Para Ernesto Laclau, exponente de esta última corriente, el pueblo es definido a partir de un hiato simbólico que lo distingue de los grupos del poder. El pueblo entonces es una parte de un todo que se construye en una interjección de demandas otrora atomizadas. Construir el pueblo, entonces, requiere antagonismo con un otro, una elite, y un trabajoso esfuerzo de ligazón de cadenas de equivalencias entre aquella pluralidad de demandas, que a menudo puede aspirar a controlar el Estado.

En definitiva, el pueblo, como todo o como parte de una comunidad imaginada, utilizado en favor de las instituciones o en su detrimento, es una categoría central de la tradición de discurso político en la Historia.

BIBLIOGRAFÍA

Aristóteles: *Política*. Madrid: Alianza, 2009.
Flower, H.: *Roman republics*. Princeton: Princeton University Press, 2010.
Laclau, E.: *La razón populista*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2005.
Lintott, A.: *The constitution of the roman republic*. Oxford: Clarendon Press, 1998.
Ortega y Gasset, J.: *La rebelión de las masas*. México: La Guillotina, 2010.

Alberto Ricardo Dalla Via
Académico correspondiente de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas
Académico de Número de las Academias Nacional de Ciencias Morales y Políticas
y Nacional de Derecho (Argentina)
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Buenos Aires

VER TAMBIÉN: DEMOCRACIA / DEMOCRACIA DIRECTA / DEMOCRACIA GLOBAL / ESTADO / ESTADO DEMOCRÁTICO / LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA / NACIÓN / SOBERANÍA / SOBERANÍA NACIONAL Y POPULAR / TERRITORIO

RAZÓN DE ESTADO

Surgida en la Italia renacentista y universalizada en el Barroco, la teoría de la Razón de Estado se construye históricamente en el debate entre maquiavelismo y antimaquiavelismo. El conocido libro de Friedrich Meinecke, con un prólogo brillante de Luis Díez del Corral, ha sido desde siempre la referencia para los estudiosos españoles. Razón de Estado, escribe el historiador alemán, es «la máxima del obrar político»; «dice al político lo que tiene que hacer a fin de mantener al Estado fuerte y sano»; en ella se mezclan «motivos ideales con otros de naturaleza práctica y utilitaria». Al margen de las analogías biológicas propias de su tiempo, Meinecke explica con rigor la historia del Estado entre *ethos* y *cratos*; entre la lucha por el poder y el sentido de la responsabilidad; en fin, según su propia metáfora, entra la luz y las tinieblas. Así pues, el sustrato intelectual de este concepto casi siempre impreciso se sitúa en el origen del Estado como forma política construida como un artefacto, una «obra de arte», diría Jakob Burkhardt. Es decir, es una concepción mecanicista, como era propio de la *signaria* y su poder desnudo, frente a la *comuna*, una corporación estamental configurada según el espíritu de la Edad Media tardía. En este contexto, *Ragione di Stato* apela a un *logos* propio y exclusivo de la política, ajeno a la verdad, el bien o la belleza que determinan otros ámbitos del saber como son la Filosofía, la Ética o la Estética. Estamos ante una regla técnica (tecnocrática, quizá, *avant la lettre*) que libera al gobernante de las ataduras teológicas o incluso jurídicas, aunque nunca de Derecho positivo, que le mantenían constreñido según las doctrinas políticas del Medievo. En definitiva, Razón de Estado es una fórmula conceptual, sin duda una de las principales, en la rebelión de la Modernidad frente al milenio anterior, descalificado sin matices como «época oscura».

Los tratadistas políticos del Barroco dedican sus principales esfuerzos a combatir contra Maquiavelo. Así, el jesuita Giovanni Botero (*Della Ragion di Stato*, cuya primera edición se publica en 1589, cuando su autor ha dejado ya la Compañía) propaga por toda Europa el concepto que nos ocupa y lo convierte, escribe Q. Skinner, en una doctrina moralmente ambivalente. La exposición más sutil de estos enfoques muy al gusto de la Contrarreforma es el *tacitismo*. Menos valorada de lo que merece, esta teoría de la prudencia política huye escandalizada de la maldad asumida sin reproches morales por el *Il Principe* maquiavélico, pero tampoco admite el moralismo ingenuo que conduce al fracaso en la vida real. El protagonismo de los escritores españoles como Baltasar Álamos de Barrientos ha sido analizado, cada uno a su manera, por estudiosos tan diferentes como Gonzalo Fernández de la Mora y Enrique Tierno Galván. En sentido estricto, no se debe confundir esta corriente doctrinal con las prosa elíptica de Gracián o con las «empresas» de Saavedra Fajardo, sin desconocer obviamente que el Espíritu de la Época está presente en unos y en otros. En fin, el maquiavelismo «mitigado» (en términos de Truyol) tiene su máxima difusión a través del flamenco Justus Lipsius, súbdito e historiógrafo del Rey de España, cuya *Política* (también publicada en 1589) conoció nada menos que 45 ediciones en vida del autor. Era (a juicio de Meinecke) «un breviario para confesores católicos metidos a políticos». Otro súbdito de los Aus-

trias españoles, el milanés Ludovico Settala, médico y filósofo, es autor de un inteligente tratado cuyo eje es precisamente buscar la consolidación del Estado mediante una sabia combinación entre el miedo y la prudencia.

Sea en la versión original renacentista o en la fórmula matizada por el Barroco, la Razón de Estado, escribe García-Pelayo, es «la expresión equívoca de una idea clara». Se trata, en rigor, de un ejercicio de sinceridad, porque reconoce la realidad que aporta el material empírico de la Historia: los gobernantes han aplicado siempre la Razón de Estado, pero solo desde el origen de la Modernidad se descubre y acepta como explicación de la política, aunque no necesariamente como justificación. Pero la conciencia moral nunca se mostró satisfecha y sigue (y seguirá) estando mal vista cualquier acción humana que no pueda presentarse como éticamente obligatoria. Lo mismo sucede con la razón jurídica. En efecto, la seña de identidad del Estado de Derecho consiste en someter sin excepción la actuación del poder público a los controles y garantías que derivan del imperio de la ley; es decir, en términos bien conocidos de García de Enterría, «la lucha contra la inmunidad». Persisten, sin embargo, algunas secuelas de la antigua teoría porque son inherentes a la naturaleza de la política al margen del espacio y el tiempo. Así sucede, *amplio sensu*, en el Derecho Constitucional de excepción: es el caso de las situaciones de anomalía constitucional (en Derecho español, estados de alarma, excepción y sitio y otras medidas ajenas al ejercicio ordinario del poder democrático). Lo mismo ocurre con los últimos residuos, cada día más declinantes, de la teoría de los «actos políticos», exentos de control por la jurisdicción contencioso-administrativa. Encontramos un ejemplo notorio en la legislación de secretos oficiales, puesto que los llamados *arcana imperii* son la esencia misma de la Razón de Estado. Todos ellos actúan como secuelas resistentes de la vieja *ratio status* y resultan profundamente incómodos para la mentalidad jurídica dominante. Cabe sospechar que en el futuro van a conocer más restricciones (por ejemplo, transparencia y gobierno abierto contra secretos de Estado) que ampliaciones. Así debe ser.

Más allá de los tópicos al uso, el estudioso debe descartar algunas ideas erróneas, pero muy arraigadas. La Razón de Estado no se identifica con la «política de poder» o con la «pasión de Estado» y solo tangencialmente con el realismo político. Menos todavía con la crueldad y arbitrariedad del tirano. Muy al contrario, en su planteamiento genuino, apela a un ejercicio eficiente del poder como límite a las tendencias «demoníacas» que los clásicos se complacen en describir, incluso en exagerar. En rigor, conlleva un sentido de racionalidad y proporcionalidad que resulta incompatible con el abuso gratuito y presuntuoso. De ahí su reflejo en la política internacional mediante el *balance of powers*, ese equilibrio (siempre inestable) que buscaron las potencias europeas desde el origen de la Edad Moderna. Es sabido que alcanza su expresión clásica en la Paz de Westfalia (1648), apoteosis de la estatalidad donde triunfa la forma política surgida en la Italia del Renacimiento. En la cual, por cierto, también se predicaba sin rodeos el *divide et impera* entre Venecia, Milán, Florencia, los Estados Pontificios y Nápoles, en cuya órbita giraban muchas otras unidades políticas de menor entidad. Por eso decía Campanella, pensador a mayor escala que sus compatriotas, que la Razón de Estado no era más que un «juego retórico para pequeños príncipes».

En el plano de la Teoría política cabe augurar un futuro poco brillante a quienes

pretendan justificar por esta vía el *logos* de la política. Por fortuna, el pensamiento contemporáneo se muestra muy exigente con los fines y los medios que determinan la legitimidad del poder. Mucho cuidado, sin embargo, con negar las evidencias en nombre de los buenos deseos: capaz de lo mejor y de lo peor, la condición humana se proyecta con naturalidad en la política, espejo de la vida. Se llame o no Razón de Estado, incluso el «Minotauro» (B. de Jouvenel) más democrático buscará los medios necesarios para alcanzar sus propósitos.

BIBLIOGRAFÍA

Botero, G.: *La razón de Estado (1589) y otros escritos*. Caracas: Instituto de Estudios Políticos, 1962.

Church, W. F.: *Richelieu and the Reason of State*. Princeton: Princeton University Press, 1972.

Díez del Corral, L.: «De la razón a la pasión de Estado», en *De historia y política*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1956. (Ahora en *Obras Completas*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, tomo II).

Fernández de la Mora, G.: «Maquiavelo visto por los pensadores españoles de la Contrarreforma», en *Arbor*, 43-44 (1949).

Fernández-Santamaría, J. A.: *Razón de Estado y política en el pensamiento español del Barroco (1595-1640)*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1980.

Friedrich, C. J.: *Constitutional Reason of State. The survival of the Constitutional Order.* Providence R. I.: Brown University Press, 1957 (hay ediciones posteriores).

García-Pelayo, M.: «Sobre las razones históricas de la razón de Estado», en *Del mito y de la razón en la Historia del pensamiento político*. Madrid: Revista de Occidente, 1968. (Ahora en *Obras Completas*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2.º ed. 2009).

Meinecke, F.: *La idea de la razón de Estado en la Edad Moderna* (estudio preliminar de L. Díez del Corral). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983 (hay ediciones anteriores).

Negro Pavón, D.: «La razón de Estado», en *Cuenta y Razón*, 51-53 (1989).

Settala, L.: *La razón de Estado* (1627). México: Fondo de Cultura Económica, 1988.

Tierno Galván, E.: «El tacitismo en las doctrinas políticas del Siglo de Oro español», en *Escritos (1950-1960)*. Madrid: Tecnos, 1971.

Viroli, M.: *From Politics to Reason of State*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1992.

Benigno Pendás
Académico de Número y Vicepresidente
de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas
Catedrático de Ciencia Política de la Universidad CEU-San Pablo
Ex Director del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales

VER TAMBIÉN: ANOMALÍA CONSTITUCIONAL / CIENCIA POLITICA / DEFENSA / DICTADURA / DIPLOMACIA / FILOSOFÍA POLÍTICA / GUERRA Y CONFLICTO / PODER POLÍTICO / POLEMOLOGÍA / POLÍTICA / REALISMO POLÍTICO / SOBERANÍA

REALISMO POLÍTICO

En sentido amplio, el realismo político acepta como dato irrefutable la naturaleza conflictiva de la condición humana que se traduce en el propósito universal de adquirir, acrecentar y conservar el poder en el ámbito interno y externo. Su antagonista ideológico es el «idealismo» presente en los autores de carácter pacifista y cosmopolita o simplemente predispuestos a describir y/o implantar una sociedad política perfecta. Estamos ante dos enfoques rigurosamente opuestos, ya que, para el realista, el uso de la fuerza es la expresión del estado de naturaleza (hobbessiano) por mucho que se revista de formas jurídicas o justificaciones éticas. Se trata, por tanto, de un hecho inevitable, al margen de las buenas intenciones o de las instituciones que promueven la concordia. Su origen se sitúa, como siempre, en la Grecia clásica: la cruda descripción de Tucídides sobre el origen y desarrollo de la guerra del Peloponeso alcanza su punto culminante en el discurso de los atenienses ante sus aliados de Melos, sorprendidos en flagrante traición y objeto de un escarmiento solo justificable por razones de política de poder. También hay doctrinas de tono realista en algunos sofistas: así, en Trasímaco y en Calicles cuando explican la ley como interés de los más fuertes o de los más débiles, siempre al margen de consideraciones de justicia. Incluso hay ejemplos en la tragedia, como es el caso de Eteocles, personaje de Eurípides, cuando afirma que, si es preciso cometer una injusticia, resulta hermoso hacerlo por razones de poder.

El pensador realista por definición es el Maquiavelo de *El Príncipe* (1513). De hecho, los consejos al gobernante absolutista (tan alejados de sus tendencias republicanas en los *Discorsi*) le valieron descalificaciones tales como «ministro de Satanás». Cuenta el florentino la realidad política del Renacimiento y extrae de ella una doctrina de la Razón de Estado que puede interpretarse como separación tajante entre Ética y Política, en contraste con Erasmo o con Tomás Moro (G. Ritter). A su vez, la cruda descripción de Thomas Hobbes sobre el estado de naturaleza (una vida «solitaria, pobre, desnuda, brutal y breve») explica la exigencia de un pacto social que expresa el egoísmo racionalizado: el Leviatán impone la paz interna *velis nolis,* mientas que en el ámbito internacional los Estados continúan su lucha implacable por el poder, de manera que viven entre sí en ese dramático estado de naturaleza, porque el Derecho de gentes no es más que la cobertura formal de la fuerza. Sin seguir con detalle la evolución de este concepto realista, conviene recordar su desprestigio durante la larga etapa de predominio doctrinal del Derecho natural racionalista y de las ideas ilustradas, cuya influencia en la Revolución francesa, a través de Rousseau, plantea una imagen optimista de la condición humana, literalmente opuesta al *background* intelectual de quienes justifican el poder como remedio frente a los perversos instintos naturales.

Las tesis realistas nunca desaparecen por completo y adquieren nueva dimensión en la Alemania de Bismarck, puesto que, para muchos autores, el «canciller de hierro» es el realista político por excelencia. *Der Staat ist Macht*, la famosa expresión de H. Treitschke, supone el reflejo en la Teoría del Estado de tales planteamientos. Este enfoque se prolonga, con mejores o peores argumentos, hasta la Prime-

ra Guerra Mundial. En el propio Tratado de Versalles (art. 227), los vencedores atribuyen al Kaiser la responsabilidad moral del conflicto como impulso del expansionismo prusiano. Triunfan entonces el idealismo proclamado por el presidente norteamericano Woodrow Wilson, los Catorce Puntos, la Sociedad de Naciones y otros instrumentos internacionales que no lograron frenar la crisis que conduce a la Segunda Guerra Mundial. Aunque no se sitúan en primera línea del combate ideológico, los fundamentos políticos del realismo están presentes en los totalitarismos soviético y (especialmente) nacionalsocialista. Una versión simplificada del pensamiento de Carl Schmitt y de los teóricos de la Geopolítica resalta también los aspectos realistas en la distinción existencial entre amigo y enemigo o en la doctrina del espacio vital *(Lebensraum),* respectivamente.

La Guerra Fría recupera los enfoques realistas con una notable brillantez doctrinal. Es habitual, no obstante, distinguir entre un realismo «fuerte» y otro «moderado». El primero se vincula con el nombre de Georg Schwarzenberger (*Power Politics*, 1951), teórico de una «sociedad (y no comunidad) internacional» concebida como un *quasiorder* al servicio de las grandes potencias que encabezan los bloques occidental y soviético, respectivamente. También, muy especialmente, con Hans Morgenthau, otro *emigré*, cuya etapa en Chicago y Nueva York deja profunda huella en los estudios norteamericanos sobre diplomacia y Relaciones Internacionales: *Politics among Nations* (1948) y *In Defense of the National Interest* (1951) marcan una línea de investigación que alcanza a varias generaciones posteriores. La tesis de Morgenthau insiste en la separación entre los «hechos duros» de la política y las leyes morales, rechazando las fórmulas universales abstractas en favor del análisis del contexto, las circunstancias del tiempo y lugar, y en definitiva «el concepto de interés definido en términos de poder» que «nos salva tanto de los excesos morales como de la locura política» *(Seis principios del realismo político* [1948], 1990: 54-55).

Resulta muy significativa la relación personal y académica entre este autor y el célebre «Mister X», el diplomático George Kennan, cuyo artículo de 1947 en *Foreign Affairs* anticipa la doctrina de la contención en defensa del bloque occidental frente a la Unión Soviética, un aliado circunstancial convertido ahora en enemigo existencial en sentido schmittiano. Es bien conocido que Kennan, ya anciano, dio por concluida la Guerra Fría tras la caída del Muro en otro artículo de la misma revista, publicado en 1989, buena prueba, sin duda, del cambio en el Espíritu de la Época que permitió asegurar la llegada del «Fin de la Historia», la famosa (y errónea) tesis de Francis Fukuyama, en el más puro estilo hegeliano.

Entre los realistas moderados, Raymond Aron ocupa una posición preeminente, destacando su influyente libro *Paz y Guerra entre las Naciones* (1962). El mejor estudioso de la política de bloques analizó el proceso de toma de decisiones de los Estados desde un punto de vista estratégico y táctico, estudió los avatares de la «República imperial» norteamericana y defendió con firmeza el vínculo trasatlántico frente a la amenaza soviética, con aquella fórmula tan repetida de «guerra improbable, paz imposible». Por eso, su espíritu sigue vivo (B. Pendás) aunque los nombres de Kennedy, Brézhnev o De Gaulle pertenezcan ya a la Historia y no a la actualidad de la vida internacional. En fin, el muy influyente Henry Kissinger es también un realista para quien el Estado debe emplear los medios más convenientes en función del contexto a partir de un análisis objetivo de las circunstancias y de los medios de que dispone.

¿Qué cabe esperar en el futuro del realismo político?

Es notorio que la perspectiva realista encuentra buenos ejemplos en la práctica política de todos los tiempos. No obstante, en plano de la teoría, su formulación directa sin matices ni sutilezas suele causar rechazo y aún escándalo. De ahí una distinción entre realismo «ideológico», desprestigiado por causa de su propia exageración, y otro «analítico», que se limita a recordar que el estudio científico de la Política debe atender necesariamente a su enfoque cratológico, como análisis del Poder. En este sentido, hablar hoy día de posturas «buenistas» conlleva un matiz peyorativo, fiel reflejo de que el mundo contemporáneo, desde el 11-S, entra en una fase de «desorden» (T. Todorov) muy lejos de los buenos deseos de paz perpetua y universal. Está de moda hablar de la «trampa» de Tucídides (Graham Allison) para describir el desafío que plantea China frente a la hegemonía de los Estados Unidos en una nueva versión de la lucha por el poder, siempre repetida.

El pronóstico es relativamente sencillo: la política seguirá siendo realista mientras que la teoría preferirá eludir los elementos de conflicto y destacar aquellos que favorecen la concordia y la cooperación. Sería deseable, al modo de Aron, que se impongan los enfoques pragmáticos y moderados, dando prioridad al análisis académico sobre la ideología.

BIBLIOGRAFÍA

Del Arenal, C.: *Introducción a las Relaciones Internacionales*. Madrid: Tecnos, 1990.

Aron, R.: *Paz y Guerra entre las naciones* (1962). Madrid: Alianza, 1985.

García Sáez, J. A.: *Kelsen versus Morgenthau. Paz, política y Derecho Internacional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2016.

Morgenthau, H.: *Escritos sobre política internacional* (Estudio preliminar de E. Barbé). Madrid: Tecnos, 1990.

Oro Tapia, L. R.: *El concepto de realismo político*. Santiago de Chile: RIL, 2013.

Portinaro, P, P.: *El realismo político*. Buenos Aires: Nueva Visión, 2007.

Schwarzenberger, G.: *Power Politics. A study of International Society*. London: Stevens and Sons, 1951.

Snyder, J.: *Myths of Empire: Domestic Politics and the International Ambition*. Ithaca: Cornell University Press, 1991.

María Gemma Prieto
Profesora Adjunta de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales
Universidad CEU San Pablo

VER TAMBIÉN: ANOMALÍA CONSTITUCIONAL / CIENCIA POLÍTICA / DEFENSA / DICTADURA / DIPLOMACIA / FILOSOFÍA POLÍTICA / GUERRA Y CONFLICTO / **PANDEMIA: PERSPECTIVA INTERNACIONAL** / PODER POLÍTICO / POLEMOLOGÍA / POLÍTICA / RAZÓN DE ESTADO / SOBERANÍA

RELACIONES INTERNACIONALES

El concepto necesita de una clarificación previa, ya que cubre una doble dimensión. El término relaciones internacionales designa un sector de la realidad social; pero la misma expresión designa también la consideración científica de dichas relaciones. De ahí que la práctica haya establecido que cuando se escribe con *mayúscula* se hace referencia a la disciplina académica de las Relaciones Internacionales mientras que cuando se escribe con *minúscula* se hace referencia a las interacciones de carácter político, económico o social que se dan a nivel internacional, independientemente de su origen (interestatales, transnacionales) y de su tipología (conflicto, cooperación, integración). Este epígrafe aborda el término en tanto que disciplina académica; una disciplina que estudia las relaciones internacionales, entendidas, de manera restrictiva, como relaciones entre Estados y, de manera amplia, como el funcionamiento del sistema internacional en su conjunto. La definición de partida es fundamental, ya que la concepción ontológica determina las teorías en Relaciones Internacionales y, con ellas, el origen y el desarrollo de la disciplina.

El discurso canónico sitúa el origen de la disciplina en 1919, con la creación de una cátedra de Relaciones Internacionales en la Universidad de Aberyswyth (Reino Unido), en el contexto de la reconstrucción wilsoniana del orden mundial y bajo el supuesto de que la Gran Guerra había sido la «guerra para acabar con todas las guerras». De ahí que naciera con una dimensión normativa que hacía de las instituciones internacionales –nacimiento de la Sociedad de Naciones– una solución para el problema social que origina la disciplina: la guerra.

Establecido su origen, el desarrollo se explica tradicionalmente como resultado, en mayor o menor medida, de tres variables: el contexto histórico o cómo los cambios internacionales afectan a la agenda de investigación, el debate intelectual que marca la evolución teórica y la dinámica institucional o cómo la comunidad académica moldea la evolución de la disciplina en uno u otro sentido.

El contexto histórico es importante para seguir la evolución de las Relaciones Internacionales en su dimensión empírica. A grandes rasgos, la disciplina parte de una agenda restringida, sobre temas de paz y guerra en un mundo de Estados soberanos. Ahora bien, el estudio de las organizaciones internacionales constituye desde el primer momento un área privilegiada para las Relaciones Internacionales, compartida con el Derecho Internacional. A partir de la década de 1950, el contexto de Guerra Fría y la existencia de armas nucleares dio lugar a una de las sub-disciplinas más destacadas, los Estudios sobre Seguridad (y Estrategia). Asimismo, el estudio de la diplomacia de los Estados, reconvertido metodológicamente en *foreign policy making*, generó un campo de estudio importante, a caballo entre Relaciones Internacionales y Ciencia Política. El desarrollo económico en el mundo occidental y la disminución de la tensión entre los bloques llevó en la década de 1970 a ampliar la agenda de las Relaciones Internacionales, dando lugar a la otra gran subdisciplina, la Economía Política Internacional. La globalización y el final de la Guerra Fría supusieron una conmoción para la disciplina, que, en términos ontológicos, relativizó el rol del Estado (autoridades privadas) e, incluso, sustituyó el sistema de Estados por un mundo

global (globalistas); en términos empíricos, amplió sustancialmente su agenda de investigación (medio ambiente, migraciones) y, en términos prescriptivos, centró su atención en la Gobernanza global. La emergencia de nuevas potencias, con China a la cabeza, ha devuelto a la agenda preocupaciones clásicas como la redistribución del poder en el sistema internacional y la guerra sistémica.

El desarrollo de las Relaciones Internacionales se explica habitualmente en forma de debates teóricos. Así, se puede identificar una disciplina marcada, de entrada, por la obra de Edward Hallet Carr *The Twenty Years' Crisis 1919-1939* (1939), que introduce el debate entre idealismo y realismo. Es un debate constante, y en su forma más tradicional enfrenta al realismo que ve el mundo como una sociedad de Estados en situación de anarquía (ausencia de autoridad superior) con el liberalismo que ve el mundo en términos de interdependencia económica y, por tanto, de cooperación. Si el realismo clásico se asocia a la obra de Hans J. Morgenthau, *Power among Nations* (1948), y al equilibrio del poder entre potencias como mecanismo del orden internacional, el idealismo liberal tiene en la obra de Norman Angell, *The great illusion* (1908), un referente que ve en la interdependencia económica el fin de la guerra. A partir de 1970, el pensamiento liberal adquiere un papel central de la mano de las obras de Robert Keohane y Joseph Nye, *Transnational Relations and World Politics* (1972) y *Power and Interdependence* (1977), que harán de las instituciones un factor de orden internacional (asumiendo el rol hegemónico de los Estados Unidos en dicho orden).

Otra dicotomía que marca esta evolución es la que enfrenta a las teorías centradas en el comportamiento de los agentes (Estados u otros), como el realismo clásico o las teorías de la interdependencia, frente a los que centran su explicación en razones estructurales, como la teoría de la dependencia (Raul Prebisch), la teoría del sistema-mundo (Immanuel Wallerstein) o el neorrealismo de Keneth Waltz, que dio lugar a otra de las obras de referencia en Relaciones Internacionales, *Theory of International Politics* (1979). Frente a esta dicotomía, las teorías constructivistas que alcanzan un desarrollo notable a partir del final de la Guerra Fría, con una agenda centrada en las normas, aportan la teoría de la estructuración como solución al problema agente-estructura, al considerar a los agentes y a las estructuras como mutuamente constituidas. Aquí destaca la obra de Alexander Wendt, *Anarchy is what states make of it* (1992), que se convierte en el referente de una teoría de las Relaciones Internacionales que busca explicaciones en el mundo ideacional y no en el mundo material, propio de realistas y liberales.

El final de la Guerra Fría también da relieve a una dicotomía, epistemológica en este caso, entre teorías explicativas asentadas en la causalidad (realistas, liberales y parte del constructivismo) y teorías interpretativas que no intentan explicar sino entender, dar sentido a los acontecimientos. Buena parte de dichas teorías intenta desvelar las manifestaciones del poder; en tanto que discurso (post-estructuralismo), relaciones de género (feminismo) o relaciones de dominación (teoría crítica, poscolonialismo). Más allá de las transformaciones que han introducido las teorías interpretativas, sobre todo con la influencia de otras disciplinas como la Sociología, la Lingüística o la Antropología, la disciplina ha conocido en las tres últimas décadas una revitalización de la teoría normativa, en torno a temas tradicionales, como la guerra justa, o, más recientes, como la responsabilidad de proteger.

Finalmente, la comunidad académica ha configurado las Relaciones Internacionales, en palabras de Stanley Hoffmann, como «ciencia social americana». Las Relaciones Internacionales desarrolladas en Estados Unidos, en tanto que sub-disciplina de la Ciencia Política, han marcado la evolución de la disciplina, sin lugar a dudas, pero no han creado una disciplina global. Así, los países europeos han dado lugar a formulaciones particulares; como el Reino Unido, marcado por la Escuela inglesa (Wight, Bull, Buzan) enfocada hacia el rol de la cultura y las instituciones; Francia, con el peso notable de la Sociología histórica (Aron) o España, donde la llamada Escuela española en Relaciones Internacionales, encabezada por Antonio Truyol, construyó a partir de la década de 1950 un discurso de raíz sociológica y concepción transnacionalista, muy alejado del realismo dominante en Estados Unidos. La pluralidad de la disciplina se ha traducido, institucionalmente, en el siglo XXI en redes regionales (europeas, latinoamericanas, asiáticas) que enriquecen el debate global con aportaciones más diversificadas.

BIBLIOGRAFÍA

Del Arenal, C.; Sanahuja, J. A., coords.: *Teorías de las Relaciones Internacionales*. Madrid, Tecnos, 2015.

Barbé, E.: *Relaciones Internacionales*. Madrid, Tecnos, 2008.

Buzan, B.; Lawson, G.: *The Global Transformation. History, Modernity and the Making of International Relations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

Carlsnaes, W.; Risse, T.; Simmons, B. A.: *Handbook of International Relations*. London: Sage, 2013.

Sanahuja, J. A.: «Relaciones Internacionales en España: una aproximación disciplinaria e institucional», en *Revista de Relaciones Internacionales de la UNAM*, 133 (2019).

Esther Barbé
Catedrática de Relaciones Internacionales
Universidad Autónoma de Barcelona
Instituto Barcelona de Estudios Internacionales

VER TAMBIÉN: CIENCIA POLÍTICA / DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO / DESCOLONIZACIÓN / DIPLOMACIA / GEOPOLÍTICA / NACIONES UNIDAS / **PANDEMIA: PERSPECTIVA INTERNACIONAL** / REALISMO POLÍTICO / SOCIEDAD INTERNACIONAL / SUPERPOTENCIAS

RENDICIÓN DE CUENTAS

La rendición de cuentas se ha ido consolidando, sobre todo a partir de los años 1960 y 1970, como una práctica esencial del gobierno democrático y es hoy un valor omnipresente en toda la literatura sobre buena gobernanza. Ello sin olvidar la importancia que también tiene el concepto en la empresa privada e, incluso, en las organizaciones del tercer sector.

Los orígenes del concepto parecen estar en la actividad de mantenimiento de las posesiones de los reyes y señores feudales, la tenencia de libros contables y la obligación por parte de los agentes de explicar la situación de las posesiones a los principales, en definitiva, de ser capaces de dar cuenta de lo hecho con lo que se les ha dejado para administrar (Dubnick, 1998). Para entender la importancia de la rendición de cuentas en un régimen político que pretenda ser legítimo y justo, bastaría con hacer un repaso de las diferentes formas de ejercicio del poder a lo largo de la Historia; de este repaso sacaremos fácilmente como conclusión que los abusos de poder han sido continuos y que solo cuando se han establecido límites sólidos al poder, y se le ha forzado a rendir cuentas, la dignidad humana ha estado suficientemente protegida.

La rendición de cuentas puede entenderse (Bovens *et al.*, 2014) como una virtud que tienen determinados agentes que, gracias a rasgos de su personalidad y a su desarrollo moral, asumen que dar cuentas a sus principales (y a las personas con un interés legítimo en la buena administración del bien cedido o *stakeholders*) es ineludible y que ocultar datos o mentir sobre su labor fideicomisaria es algo a evitar. Sería la variable dependiente de una cualidad personal de los agentes. Pero la rendición de cuentas es también mecanismo. En este caso es la variable independiente que permite que se produzcan resultados positivos para los principales y *stakeholders,* resultados como el desarrollo económico o la seguridad jurídica, entre otros. La pregunta de investigación ahora es la de qué tipo de arreglos institucionales favorecen o no la adecuada rendición de cuentas. De la literatura sobre el tema hoy sabemos que para ello se precisa (Schedler, 1999; Bovens *et al.,* 2014): Primero, que exista transparencia y se informe por el agente de los procedimientos usados, de los productos conseguidos y de los impactos estimados; además, ese mismo agente (individual o colectivo) debe ser capaz de dar una explicación narrativamente consistente de lo realizado. Segundo, el agente debe justificar sólidamente sus acciones ante las preguntas o requerimientos del principal, es decir, debe someterse a la auditoría y explicar los desajustes, en su caso. Tercero, debe asumir las consecuencias, tanto si son buenas como si son malas, de los resultados de su actuación. Evitar la impunidad por las malas decisiones es esencial para que el sistema funcione.

La pregunta relativa a *quién* debería asumir la rendición de cuentas nos lleva a una doble posibilidad. Por una parte, está la rendición de cuentas colectiva, la que da toda una organización pública a sus principales (directamente a ellos o a través de sus representantes). Esto implica que los directivos deberían organizar los datos de forma tal que pueda saberse si la organización cumplió sus objetivos operativos y estratégicos y alcanzó los impactos previstos. Normalmente, en base al principio de jerarquía, los directi-

vos han de poner la cara por toda la organización y asumir su responsabilidad por el funcionamiento de la misma. Por otra parte, está la responsabilidad individual, en la que cada miembro de la organización debe dar cuenta del cumplimiento de sus funciones, tareas y responsabilidades, del cumplimiento de sus objetivos y de hacerlo respetando los valores del servicio público y la cultura de la organización. Esta rendición de cuentas transversal y generalizada constituye, para los empleados públicos, un subsistema específico de la gestión estratégica de los recursos humanos en las organizaciones. Para los electos y asimilados, sin embargo, pertenece plenamente al sistema de responsabilidad política, con sus especificidades.

Esto nos lleva a la pregunta esencial de a quién y cómo deben rendirse cuentas. Para empezar, existe la rendición de cuentas en el ámbito político. Los electos deben rendir cuentas a los votantes. En toda democracia el instrumento de control más importante frente a los abusos de poder es el voto. Es parte de lo que O'Donnell denomina *vertical accountability* (1998; 2002). El control electoral consiste en la facultad que tienen los votantes de premiar o castigar la actuación de sus representantes a través de elecciones libres y periódicas. Este control tiene un carácter retrospectivo, es un juicio que se hace sobre la labor de los representantes electos, puesto que durante el tiempo que están en el poder, en nuestro modelo liberal de democracia, no se les puede obligar a cumplir sus promesas ni a implementar políticas específicas (a pesar del voto prospectivo que se hizo confiando en que cumplieran las promesas); es un control que permite que en las elecciones siguientes se les sancione si incumplieron promesas o abusaron de sus poderes (Manin, 1997). También es de carácter político el control parlamentario sobre el gobierno y su sector público, con sus diferentes instrumentos: comisiones de investigación, preguntas, interpelaciones, comparecencias, moción de censura, etc. Finalmente, es control político el que realiza la dirección del partido sobre sus representantes en los distintos puestos públicos. En suma, un político del Ejecutivo, por ejemplo, tiene que rendir cuentas a electores, parlamentarios y dirigentes del propio partido.

En el ámbito gerencial, la rendición de cuentas sigue la cadena de mando, debiendo cada inferior rendir cuentas al superior correspondiente. También existe la rendición de cuentas profesional, en la que cada miembro de la profesión, esté o no en el servicio público, tiene que rendir cuentas a sus pares, de forma tal que demuestre que su ejercicio profesional cumple con los estándares éticos y técnicos establecidos por las asociaciones o colegios profesionales. La rendición de cuentas pública incluye, cómo no, un ámbito legal, rindiéndose cuentas a tribunales y jueces por la adecuada generación y aplicación de las normas.

Muy importante hoy en día es la denominada rendición de cuentas *horizontal*, que alude a la idea de control o equilibrio entre los poderes del Estado, remite a «la existencia de agencias estatales que tienen la autoridad legal y están tácticamente dispuestas y capacitadas para emprender acciones, que van desde el control rutinario hasta sanciones legales […], en relación con actos u omisiones de otros agentes o agencias del Estado que pueden, en principio o presuntamente, ser calificados como ilícitos» (O'Donnell, 1998: 173-174). Estas agencias pueden ser de dos tipos: de balance y asignadas (O'Donnell, 2002: 92-93). Las de balance están integradas por los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, cuya existencia responde a la búsqueda de equilibrios

dentro del poder político; se caracterizan por ser actuaciones reactivas, intermitentes y que únicamente se generan ante transgresiones ya producidas, y sus resultados por lo general tienen altos costos políticos. Por esta razón las situaríamos dentro del ámbito político. Las agencias asignadas, en cambio, comprenden a tribunales de cuentas (auditorías o contralorías), fiscalías, defensorías del pueblo, agencias anti-corrupción, agencias controladoras de la responsabilidad fiscal y similares; se caracterizan por ser proactivas y permanentes en su labor de control; su trabajo se basa en criterios técnicos y profesionales y un elemento clave de su eficacia es que tengan independencia o al menos suficiente autonomía de actuación. Estas «agencias asignadas» tienen un difícil encaje en la doctrina clásica de la separación de poderes, por lo que en algunas Constituciones recientes se les otorga incluso el carácter de cuarto poder del Estado. Una pregunta esencial es la relativa a la propia rendición de cuentas de estos órganos. Incluso los jueces rinden cuentas a su órgano de gobierno, sea este un Consejo del Poder Judicial, sea un Tribunal Supremo, pero a menudo estas agencias quedan fuera de mecanismos de control externo. Por ello, es importante garantizar que existen instrumentos de control, sea parlamentario o gubernamental, sobre el cumplimiento adecuado de su función.

Finalmente, existe la rendición de cuentas *social*, un «mecanismo de control vertical, no electoral, de las autoridades políticas basado en las acciones de un amplio espectro de asociaciones y movimientos ciudadanos, así como también en acciones mediáticas» (Peruzzotti y Smulovitz, 2002: 32). De ahí se deduce que los instrumentos de participación ciudadana y control por parte de la sociedad pueden ser un mecanismo útil de control de los abusos gubernamentales. En numerosos países ya existen, sobre todo en los niveles locales, presupuestos participativos, cartas de servicios, veedurías sociales, asambleas de control, buzones electrónicos de quejas, etc. El papel de los medios de comunicación es fundamental en el contexto de este tipo de control.

Por último: *sobre qué* hay que rendir cuentas. Los poderes públicos deben, de acuerdo a las prioridades que surgen de las encuestas que se hacen a la ciudadanía, responder a preguntas como las relativas a la forma en que se gastan el presupuesto público, su cumplimiento de las leyes y procedimientos, la eficacia en el cumplimiento de objetivos, la transparencia con la que actúan, o la integridad con la que trabajan sus representantes y empleados. En un tiempo de polarización y populismo como el presente, creemos que un aspecto esencial de la rendición de cuentas es la «eficacia política». No podemos olvidar que las nuevas políticas generan nueva política (Hacker y Pierson, 2019). De ahí que sea importante conocer si, por ejemplo, la política de salud se convierte en un instrumento de cohesión social o no, si reduce o aumenta la desigualdad, si ayuda a la mayor o menor participación política, profundiza la confianza en las instituciones o no, etc. Sobre todo, necesitamos saber si las políticas públicas generan dinámicas de trabajo a largo plazo o generan dinámicas rupturistas y cortoplacistas. Un tema clave, así pues, es ser capaces de diseñar políticas que generen apoyo a largo plazo y trabajo en común por gobiernos diferentes. La polarización (territorial, social, política, económica) generada en ocasiones para recoger resultados electorales inmediatos provoca tragedias a largo plazo. Es preciso que los gobiernos (y las oposiciones) también rindan cuentas de esta dimensión de eficacia política en su trabajo. Las nuevas tecnologías han demostrado ser buenas aliadas para mejorar la transparencia

y la rendición de cuentas económico-financiera y contable. El uso masivo de los *big data*, la inteligencia artificial y el acceso a todo tipo de datos en la nube seguro que nos permiten progresos positivos en la materia, siempre que los sometamos a un control ético y a una supervisión técnica imparcial.

BIBLIOGRAFÍA

Bovens, M., *et al.*, eds.: *The Oxford Handbook of Public Accountability.* Oxford: Oxford University Press, 2014.

Dubnick, M.: «Clarifying Accountability: An Ethical Theory Framework», en Sampford, N. P. C. y Bois, C. A. *Public Sector Ethics: Finding and Implementing Values.* NSW, Australia: The Federation Press/Routledge, 1998.

Hacker, J. S; Pierson, P.: «Policy Feedback in an Age of Polarization», en *The Annals of the American Academy,* vol. 685 (2019).

Manin, B.: *Los principios del gobierno representativo*. Madrid: Alianza, 1997.

O'donnell, G.: «Accountability horizontal», en *La Política*, 4 (1998)

— «Acerca de varias accountabilities y sus interrelaciones», en Peruzzotti, E., y Smulovitz, C. (eds.), *Controlando la política*, cit.

Peruzzotti, E.; Smulovitz, C., eds.: *Controlando la política. Ciudadanos y medios en las nuevas democracias latinoamericanas*. Buenos Aires: Temas, 2002.

Schedler, A.: «Conceptualizing Accountability», en Diamond, L., *et al.*, *The Self-Restraining State: Power and Accountability in New Democracies*. Boulder: Lynne Rienner Publishers, 1999.

Manuel Villoria
Catedrático de Ciencia Política y de la Administración
Universidad Rey Juan Carlos

VER TAMBIÉN: ARBITRARIEDAD / BUEN GOBIERNO / BUENA ADMINISTRACIÓN / CALIDAD DEMOCRÁTICA / CORRUPCIÓN POLÍTICA / ESTADO NEUTRAL / GOBERNANZA / GOBIERNO ABIERTO / ORGANISMOS REGULADORES / PARTICIPACIÓN POLÍTICA / TRANSPARENCIA

REPUBLICANISMO CÍVICO

En Filosofía y Teoría política, el término republicanismo se refiere a una larga tradición de pensamiento que tendría un primer clásico en Aristóteles y que incluiría a filósofos de la Roma republicana, como Cicerón, a Maquiavelo y otros inspiradores intelectuales de las repúblicas italianas del siglo XV, a ingleses como Milton o Harrington y a protagonistas de las Revoluciones americanas y francesas, bien como fuentes intelectuales, bien como protagonistas: Madison, Adams, Jefferson, Rousseau o Robespierre. Como se ve, se trata de autores entre los que no resulta fácil encontrar un denominador común, aunque sí un conjunto de preocupaciones: la participación ciudadana, la importancia de la virtud cívica para el buen funcionamiento de la democracia, los peligros de la corrupción y del despotismo, la ley como garantía de la libertad, la división de poderes, etc. Sus reflexiones gravitan en torno a esos asuntos, aunque defiendan puntos de vista dispares. A la vista de la heterogeneidad de tales nombres y asuntos no ha de sorprender la existencia entre los filósofos políticos republicanos de importantes controversias, algunas escolásticas, como la de quiénes son los genuinos representantes de la tradición, y otras más interesantes, como la que existe en torno a la relación del republicanismo con el liberalismo, entre quienes creen que hay un abismo conceptual y quienes lo niegan, aunque, en general, exista cierto consenso en que el liberalismo es un brote reciente, más o menos bastardo, de la larga tradición republicana.

La heterogeneidad del republicanismo clásico no puede sorprender. No estamos ante una tradición académica, perfilada en un conjunto de axiomas explícitamente formulados, sino ante reflexiones no siempre ordenadas de inspiradores y actores de procesos políticos a los que tratan de responder sin remitirse a un cuerpo doctrinal compartido. Otra cosa son las reconstrucciones realizadas por defensores contemporáneos del republicanismo cuando intentan ordenar las ideas clásicas y buscar en ellas fuentes de inspiración. Según estos, cabría distinguir entre dos variantes del republicanismo (las etiquetas y los etiquetados no están exentos de discrepancias). La primera (humanista cívica), asociada a una imagen (aristotélica) idealizada de la *polis* griega, pondría el énfasis en la virtud ciudadana, en la participación democrática como un modo de realización de las potencialidades humanas y, también, de asegurar la calidad de la vida política, en peligro ante las derivas oligárquicas y las diversas formas de corrupción (Hannah Arendt, J. G. A. Pocock, Paul A. Rahe). Se vincularía con la defensa de virtudes cívicas, de un ideal de buena vida que un Estado democrático debería alentar. La segunda (neorrepublicana), con la mirada orientada a la jurisprudencia romana y a la distinción entre libres y esclavos, destaca la idea de libertad como «ausencia de dominación», que se contrapone a la libertad normalmente calificada como «negativa» típicamente liberal, como «ausencia de intromisiones» (Quentin Skinner, Philip Pettit, Jean-Fabien Spitz). En torno a esa idea de libertad se ordenan, subordinadamente, otras ideas republicanas como autogobierno, deliberación o virtud. Vale la pena precisar el contraste entre las dos ideas de libertad desde la perspectiva republicana.

Para el liberal, una persona es libre de hacer X si nadie le impide –le coarta para– hacer X: que no pueda, por falta de capacidad (talento) o de medios (recursos), nada tendría que ver con la libertad. Desde esa perspectiva, la mejor sociedad es aquella en

la que existe un mínimo de intromisiones. La libertad liberal sería prepolítica y hasta presocial, la de Robinson Crusoe, a quien nadie prohíbe nada. En tanto prohíbe, la ley supondría un engorro para la libertad. Podría ser un mal menor, pero siempre es un mal. En ese sentido, el liberalismo desconfía de la democracia (Berlin). Por dos razones: porque las decisiones de todos, lo que le parece bien a la mayoría, regulan buena parte de la vida de cada uno; porque la democracia plena supone obligaciones, una disposición cívica, una elemental participación en la gestión de la vida colectiva que no puede reclamarse a los ciudadanos.

El republicanismo tiene otro punto de vista sobre la ley, la libertad y la democracia. Para el republicanismo, en todas sus versiones, la libertad resulta inseparable de la ley, su condición de posibilidad. Sin ley no hay libertad política. A partir de ahí, encontramos discrepancias entre republicanos. Unos apuestan por una idea positiva de libertad, entendida como «control de la propia vida o autogobierno». Una idea que se puede entender de distintas maneras: como poder o capacidad para hacer algo; como libertad para participar activamente en las decisiones colectivas; como «autonomía» –y hasta autodominio– en la formación de las propias preferencias, eligiendo quien quiere ser. Para otros republicanos, más influyentes, la libertad que nos garantiza la ley es la libertad frente al poder arbitrario, la libertad de no estar sometidos a la voluntad despótica de otros, a interferencias arbitrarias, reales o potenciales. Es la idea de libertad como no dominación.

El énfasis de la libertad republicana recae en la (ausencia de) arbitrariedad. Hay intromisiones (leyes) que aseguran la libertad, cuando son justas, como sucede con la ley que lleva a la cárcel a quien me amenaza. Por otra parte, también en contra de lo que sostiene el liberalismo, la ausencia de intromisiones no asegura la libertad: no es libre el esclavo cuyos deseos coinciden con los de su señor o cuyo amo, benevolente, le deja hacer lo que quiera. Aunque no se ve interferido, no por ello abandona la condición servil: su señor podría cambiar de humor y dejar de consentirle. Quien es libre porque le consienten no es libre. Una interpretación radical de la libertad como no dominación amplia el foco y destaca que también amenazan la libertad las desigualdades, incluidas las de acceso a la propiedad, en la medida en la que propician vulnerabilidad y desprotección. Enfatiza los vínculos entre la libertad política y la independencia material: la preservación de un régimen de libertad requiere una distribución igualitaria de la propiedad. En este sentido, esta variante de la libertad como no dominación se aproxima parcialmente a la otra idea, a la libertad como «autogobierno».

Desde esta perspectiva, para que podamos decir que la ley garantiza la libertad se hace necesario precisar qué es una intromisión arbitraria, distinguir la ley justa de la ley del déspota. Por ahí aparece la democracia: la ley es garantía contra el poder arbitrario cuando es resultado de un proceso de deliberación que atiende las razones y los intereses de todos. En ese sentido, las mejores leyes, las que nos aseguran la libertad, requieren cierto compromiso de los ciudadanos con el interés general y calidad en el juicio. La deliberación, para asegurar que se imponen los mejores argumentos, necesita de buenas razones, buena información y buena disposición. Vista así, la virtud cívica cumple una función instrumental. No es un valor por sí mismo, no es el objetivo de la política (como podía pensar el republicanismo cívico), sino un requisito: la participación, el compromiso con los intereses generales, la lucha contra la corrupción, la disposición a proporcionar y atender argumentos aceptables para todos, asegu-

rían la buena calidad (deliberativa) de las decisiones y, con ello, las mejores leyes y, con estas, la libertad. Cuando falta la virtud, la participación conlleva el riesgo de que se impongan los intereses sectarios de mayorías circunstanciales, que tiranicen o exploten a las minorías. Circunstancias que justifican la desconfianza del liberalismo hacia la democracia.

A partir de esos supuestos, se entiende que, a diferencia del liberalismo, el republicanismo no vea en las decisiones democráticas un riesgo para la libertad; por el contrario, la participación es el mejor modo de asegurar unos derechos que no se contraponen a la democracia. La democracia máxima sería garantía de la libertad, al propiciar leyes justas con las que los ciudadanos se sienten comprometidos porque han participado activamente en su gestación y sus razones han sido atendidas. Los ciudadanos no pueden considerar una amenaza decisiones que recogen sus argumentos, intereses y opiniones.

Al final, de un modo u otro, la virtud cívica resulta fundamental. Algo que incomoda a ciertos teóricos del republicanismo que no consideran realista o tan siquiera deseable la exigencia de una ciudadanía activa: las personas no son virtuosas y los intentos de alentar la virtud pueden derivar en paternalismos o intromisiones intolerables. En tales casos, no es extraño que opten por refuerzos institucionales que lleguen donde no llega la virtud. Llegado este punto, el republicanismo parece enfrentarse a una tensión que algunos ven como una paradoja que asomaba ya en Maquiavelo: «Así como las buenas costumbres, para conservarse, tienen necesidad de las leyes, del mismo modo, las leyes, para ser observadas, necesitan buenas costumbres» (*Discursos sobre la primera década de Tito Livio*, libro I, 18.). Las buenas leyes no sirven sin buenos ciudadanos, pero no hay buenas leyes sin buenos ciudadanos. La libertad necesita de la virtud, pero no hay virtud sin libertad.

BIBLIOGRAFÍA

Pettit, P.: *Republicanismo. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*. Barcelona: Paidós, 1999.

Pocock, J. G. A.: *El momento maquiavélico. El pensamiento político florentino y la tradición republicana atlántica*. Madrid: Tecnos, 2002.

Spitz, J.-F.: *La liberté politique: Essai de généalogie conceptuelle*. Paris: Presses Universitaires de France, 1995.

Viroli, M.: *Republicanism*o. Santander: Universidad de Cantabria, 2015.

Wood, G. S.: *The Creation of the American Republic 1776-1787*. Chapel Hill: University of North Carolina Press, 1969.

Félix Ovejero
Profesor Titular de Economía, Ética y Ciencias Sociales
Universidad de Barcelona

VER TAMBIÉN: BUEN GOBIERNO / CIUDADANÍA / DEMOCRACIA (TEORÍA NORMATIVA) / DIGNIDAD / FILOSOFÍA POLÍTICA / LIBERALISMO / LIBERTAD POLÍTICA / POLÍTICA / SOCIEDAD CIVIL / TEORÍA POLÍTICA NORMATIVA

REVOLUCIÓN

La voz «revolución», extraída de la Astronomía, no ingresa en el vocabulario político hasta los umbrales del Renacimiento. El término aloja dos significados distintos. De un lado, «revolución» alude a la caída violenta del orden establecido. Del otro, connota el retorno regular a situaciones que ya se han repetido en el pasado. Las dos acepciones divergen, pero no son contradictorias. En efecto, un sistema de poder es susceptible de venirse abajo y dar lugar a otro que, aun discrepando radicalmente del anterior, pertenece a un inventario prefijado de formas políticas. Habrían de correr siglos antes de que este esquema perdiera vigencia. La Revolución Gloriosa de 1688 se interpreta todavía como una restauración: los insurgentes pedían el retorno a las viejas libertades inglesas conculcadas por Carlos II, no la creación de una estructura política, civil o legal de nuevo cuño.

La idea contemporánea de revolución nace en 1789. Tras un periodo breve de incertidumbre, se abre paso la noción de que los hombres se hallan a punto de instaurar un modelo colectivo y moral sin precedentes en la Historia. Refleja la nueva composición de lugar una frase pronunciada por Fabre d'Églantine, el autor de los nombres bucólicos que adornan el calendario revolucionario. D'Églantine resumió así el acuerdo del Comité de Instrucción Pública, finalmente favorable a que no se alterara la cronología anterior a la República: «No podemos contar los años en que los reyes nos oprimían como un tiempo en el que hemos vivido».

La Revolución con mayúsculas, esto es, la Revolución como un evento explosivo y de dimensiones quiliásticas, se ha complicado en ocasiones con un concepto de otro género: el de una transformación progresiva de la sociedad, transformación que tarda en trasladarse a las instituciones y que puede resultar invisible hasta que las estructuras viejas pierden pie y se desploman. Esa es la visión cultivada por la teoría marxista clásica. El derrumbe de los poderes constituidos sería el remate o culmen de un largo proceso de maduración social y económica acelerado a lo último por la actividad abierta de los agentes revolucionarios, tanto en el plano del activismo obrero como en el de la especulación filosófica. El golpe de mano de Lenin, ejecutado en una nación carente aún de una organización industrial a gran escala y de la muchedumbre proletaria anticipada en los textos canónicos, malogró el guión oficial e indujo corrientes enfrentadas dentro del socialismo. Los grupos de vocación blanquista o autores como George Sorel, gran valedor del mito revolucionario y de la virtud carismática de la violencia, se alinearon con Lenin. Los socialdemócratas, fieles al materialismo histórico y su lógica eferente, argumentaron que no podía intentarse la revolución si no se cumplían antes las premisas sociales y económicas oportunas. En el congreso celebrado por el Partido Socialista Italiano en Livorno en enero de 1921, de resultas del cual Gramsci y otros disidentes se darían de baja para fundar el PCI, Filippo Turati expuso en un discurso célebre la posición de los reformistas. Turati rechaza la violencia, rechaza la dictadura del proletariado, que identifica con el despotismo de una minoría, y sostiene que la revolución será estéril si se anticipa a la propia evolución del sistema capitalista. Los reformistas, dentro del socialismo europeo, terminarían adaptándose al régimen parlamentario, al imperio de la ley

(un concepto liberal) y a la propiedad privada, rectificada por políticas económicas con un fuerte sesgo redistributivo. ¿Se ha desistido de la revolución? Sí y no. Sí, porque ya no se contempla la toma del poder por la fuerza. No, en la medida en que no se renuncia a la consecución gradual de una sociedad sin clases.

Tras la Segunda Guerra Mundial, este segundo horizonte va haciéndose cada vez más remoto. En el congreso de Bad Godesberg, a finales de los cincuenta, el Partido Socialdemócrata alemán abjura el principio marxista, reconoce la propiedad privada y se declara oficialmente compatible con la democracia liberal. Estamos ya en el socialismo no revolucionario en su versión europea actual. Por supuesto, no está dicha la última palabra. El abandono de la revolución sigue siendo experimentado por buena parte de la izquierda como una suerte de abdicación, especialmente dolorosa cuando una crisis económica o cualquier otra circunstancia obliga a corregir el Estado benefactor a la baja. Con todo, no parece concebible un retorno a los viejos proyectos revolucionarios. Las revoluciones o conatos de revolución a los que hemos asistido durante los últimos decenios han tenido su asiento en Asia o América Latina, no en Europa.

Esto, en lo que hace a las revoluciones estrictamente políticas. Pero existen derivas que son revolucionarias desde el punto de vista cultural y moral. El caso más célebre ha sido el de mayo del 68, epítome de una actitud adversativa, incluso violenta, hacia los *mores* imperantes y las instituciones. De poco sirve remontarse a los grandes dramas históricos del pasado (la Revolución francesa; las de 1848; la Comuna de París) para comprender lo que significó mayo del 68 o lo que en su estela nos han intimado más tarde otras formas difusas de protesta. Resulta más auxiliador buscar antecedentes en las turbulencias que han venido agitando las artes y las costumbres en Occidente desde principios del siglo pasado. El futurismo fue revolucionario, aunque entrase en alianza con los protofascistas; lo fue el surrealismo, de clara inspiración dadaísta; lo es la retórica oficial del arte contemporáneo, presidido por la figura tutelar de Duchamp. Lo que acomuna a estas corrientes es la denuncia anarcoide o romántica de la realidad institucionalmente cristalizada y cierta tendencia a recusar la autoridad de los hechos en nombre de filosofías de naturaleza idealista y voluntarista. No conviene echar en olvido el existencialismo sartreano, desaparecido como ismo pero precedente innegable de muchas de las cosas que suceden ahora.

¿Cuál es la virtud movilizadora de estos movimientos? El diagnóstico no es sencillo. No sería absurdo mantener que la publicidad o la retórica de los partidos ha absorbido, y a la vez amortiguado, el potencial subversivo de la contestación contemporánea. Los anuncios de automóviles, de las casas de crédito por internet o del sector del perfume y la cosmética esgrimen con desparpajo consignas libertarias copiadas del malditismo de la Belle Époque o de las especies en circulación entre los grupos bohemios de entreguerras. Pero hay más. La izquierda ha redefinido sus objetivos. La supresión de la burguesía como clase o la concentración de los recursos económicos en manos del Estado han cedido su preeminencia a lemas emancipadores centrados en la despenalización del aborto, la protección de minorías a través de la discriminación positiva o la impugnación de jerarquías que en tiempos contribuyeron decisivamente a la conformación del orden social. Especialmente importante: el principio de igualdad ha rebosado de su alvéolo primitivo

y propiciado novedades múltiples en áreas que antes no se consideraban contenciosas. El caso más sonado nos viene dado, quizá, por el matrimonio homosexual. Hace un siglo, se cifraba la revolución en la toma del Palacio de Invierno. Empezamos a saber que la revolución es un fenómeno versátil y que puede adoptar perfiles no previstos en las tipologías del pasado.

BIBLIOGRAFÍA

Arendt, H.: *Sobre la Revolución* (1967). Madrid: Alianza, 1988.
Brinton, C.: *Anatomía de la Revolución*. México: Fondo de Cultura Económica, 1942.
Dunn, J.: *Revoluciones modernas. Introducción al análisis de un fenómeno político*. Madrid: Tecnos, 2014.
Ellul, J.: *Autopsia de la Revolución*. Madrid: Unión Editorial, 1973.
Eisenstadt, S. N.: *Las grandes Revoluciones y las civilizaciones de la Modernidad*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
Friedrich, C., ed.: *Revolution*. New York: Atherton Press, 1966.
Hill, C.: *El siglo de la Revolución*. Madrid: Ayuso, 1972.
Hobsbawm, E.: *Revolucionarios. Ensayos contemporáneos*. Barcelona: Ariel, 1978.
Tocqueville, A.: *El Antiguo Régimen y la Revolución* (1856). Madrid: Alianza, 2018.

Álvaro Delgado-Gal
Escritor
Director de Revista de Libros

VER TAMBIÉN: ANARQUISMO / COMUNISMO / DIGNIDAD / DESOBEDIENCIA CIVIL / DICTADURA / FASCISMO / GOLPE DE ESTADO / GUERRA Y CONFLICTO / LIBERTAD POLÍTICA / SISTEMA SOVIÉTICO / TOTALITARISMO

SÍMBOLOS POLÍTICOS

Los símbolos políticos son elementos de representación, imágenes convencionalmente asumidas, que se asocian a figuras de carácter social y/o histórico institucionalizadas o espontáneas, principalmente a organizaciones y estructuras públicas, para transmitir con ellos tanto realidades aprensibles y constatables como sentimientos de toda índole de las personas relacionadas con ellas.

La simbología de carácter público, la política, representa realidades estatales, territoriales, grupales, sectoriales, etc. Tras ella, la comunidad política identifica, habitualmente participando en conformar el contenido que se pretende representar, aquello que el impulsor del símbolo quiere expresar en el momento de la creación. La representación simbólica contiene una faceta estática reconocible, cuando se asocia a realidades ciertas u organizaciones constituidas, pero también otra dinámica, moldeable por el aspecto personal que aportan las personas físicas que lo van a utilizar (o, en su caso, criticar).

Singularización de la comunidad, identificación en ella del individuo y constituirse en instrumento de movilización, hacen del símbolo un componente de relevancia para las personas y la comunidad política. Las primeras, de manera similar a cuando son representadas por otras personas en el ejercicio de las funciones públicas del territorio, disfrutan de una imagen simbólica para encarnar su identificación individual y colectiva. Es un aspecto que demanda protección estatal, y así lo han entendido la Constitución y el ordenamiento jurídico. Bien es cierto que no llega a ser, ni debe, de la misma envergadura que los mecanismos reactivos que amparan a la persona y a la labor de los representantes políticos que asumen la representación pública primera y fundamental de cada ciudadano, pero al menos hay una constancia de que aspectos valorables del sentimiento de personas y grupos de personas pueden reflejarse en un objeto, llámese bandera, himno, rey o escudo. Por ello, cuando se protege un símbolo, hay una cobertura de espacios y aspectos emocionales que sí tienen interés para el Derecho, y que se encuentran reflejados en derechos humanos y fundamentales que sirven para alimentar un sustrato de protección al símbolo: libertades de pensamiento, ideología, expresión, credo, participación, identidad cultural, etc. Sirva el siguiente ejemplo para distinguir ambas necesidades de representación de cada ciudadano/a o de cada conjunto de ciudadanos, y con ello demostrar que los símbolos complementan la presencia del pueblo en la cosa pública. Si estamos preocupados por nuestras prestaciones sociales, participamos en los asuntos públicos directamente o a través de nuestros representantes y mediante el ejercicio de numerosos derechos de variada naturaleza (libertad de expresión, sufragio, manifestación, sindicación, etc.), intentamos trasformar la realidad para conseguir un objetivo. Mientras que si lo que queremos es expresar un aspecto inmaterial de nuestras preocupaciones, motivaciones o anhelos, demandamos una referencia para exteriorizar sentimientos (de protesta, de agradecimiento, de reconocimiento, de unidad, de rechazo, etc.), y para eso está la simbología en sentido estricto. El símbolo, figura u objeto que resume, tiene manifiestamente un valor como instrumento o remedio, menor que el ejercicio de los derechos, que están diseñados específicamente para satisfacer necesidades inmediatas, e incluso jurídicamente carece de relevancia práctica. Sin embargo,

su naturaleza abierta e inespecífica sirve para canalizar los espacios individuales y colectivos que complementan la relación constitucionalmente establecida por cauces reglados entre las instituciones y las personas: unifican espíritus, mensajes, expresiones, pertenencias e identidades culturales; tanto para reivindicarlas como para rechazarlas.

Los símbolos en sentido estricto que recoge la Constitución Española de 1978 son dos: la bandera (mejor dicho, las banderas), del art. 4 CE, y la Corona, en el modo expresado por el art. 56.1 CE, interpretado de acuerdo con las exigencias del art. 1.3 CE y del título II, muy en particular desde el art. 64. El Estado tiene otros símbolos, como los himnos nacionales y autonómicos o los escudos, regulados convenientemente en otras normas. Himnos, escudos, divisas, etc., son claros símbolos del Estado, solo que nuestra Constitución, a diferencia de la Constitución francesa, no les ha conferido una garantía constitucional similar a las de las banderas, a las que se refiere en solitario, como ocurre con el art. 12 de la Constitución italiana, pero añadiendo semejante protección a las enseñas territoriales que se determinen. Alemania, con el art. 22.2 de la Ley Fundamental de Bonn, solo se refiere a la bandera federal, no a otros símbolos, y deja la llamada a las banderas de sus Estados a las respectivas Constituciones de sus territorios. En la Constitución española de 1931 se hizo también una escueta mención a los colores de la bandera, pero solo la de toda la República, a diferencia del reconocimiento expreso actual de las banderas de regiones y nacionalidades (Solozábal, 2008: 76). La mención actual es escueta pero importante, dada la destacada posición en el artículo cuarto, muy al comienzo de la Ley de Leyes (Troncoso, 2018: 31). La Carta Magna de 1978 presenta dos símbolos con una protección directa, la bandera nacional y la Corona; otros con similar atención pero pendientes de desarrollo estatutario (las banderas de las Comunidades Autónomas), y omite una llamada o reserva normativa para cualesquiera otros símbolos, sin perjuicio de que el legislador pueda llegar a conferirles una protección específica, pero que no podrá equipararse formalmente a la constitucional, que es de primera magnitud. En sentido extenso, cada Constitución acumula innumerable simbología; *todo es símbolo*, algunas figuras marcadamente, como nos recuerda Häberle, quien expone el encuadramiento que ha de realizarse de los símbolos nacionales: banderas, escudos, himnos, fiestas nacionales, capitalidad o cualesquiera otros que se perciban así, como elementos de identidad cultural de su Estado constitucional (P. Häberle, 2012: 95-114, y en obras anteriores, 1987), pero no siempre exclusiva o primariamente, como los ejemplos aquí referidos.

La protección de los símbolos tiene como fin el respeto del Estado como estructura, o incluso de la nación y de sus habitantes como reflejo, pero también destila una dimensión personal relativa al ejercicio de derechos que demandan ese simbolismo. Por ello, es muy relevante a nivel jurídico la cobertura de su uso por cada persona, incluso cuando sea crítico y alternativo. Es más, si detrás de tal hecho se encierra el ejercicio de un derecho fundamental, esta circunstancia sería de primera atención para el sistema de garantías. La doctrina acude a menudo a los ejemplos norteamericanos sobre comunicación simbólica que las banderas ofrecen *(symbolic speech),* y las colisiones con la libertad de expresión, para hacer presente la necesidad de conciliar la faceta del símbolo nacional como tal y la utilidad alternativa del mismo para alertar sobre los problemas de la propia nación que simboliza. El panorama de protección de los símbolos presenta dos caras: por una parte, la cobertura objetiva de la simbología del Estado, que ado-

lece de cierta debilidad para sustentar las consecuencias que plantea ante el mal uso o el ataque a las banderas, la Corona y demás imágenes; y por otra, la protección de los sujetos que usan los símbolos para el ejercicio de sus derechos y libertades, que es una coraza sobre los símbolos indirecta, pues en realidad se trata de la decidida cobertura del contenido de derechos como la libertad de expresión, que sí disfruta de una espesa protección constitucional y jurisprudencial.

Puede construirse un traje protector a la simbología política, que dará mayor resguardo si en sus telas se barajan elementos relativos a los derechos de las personas que se ven reflejadas en ellos, y no solo si se apela a elementos inmateriales; pero ese ropaje, forzosamente, se presentará como más liviano y por ello permeable, que aquel otro con el que se viste la protección del uso de los símbolos para expresar el pensamiento, las ideas y las opciones políticas. El camino idóneo para una protección del símbolo cuando no deriva de la libertad de expresión (por tanto, cuando no es objeto de crítica sino de simple representación ideológica, estatal, comunitaria, etc.) parece que habrá de transcurrir buscando la protección del ámbito personal de la dignidad y de las creencias *reflejadas*, que siempre tienen que ver con una serie de derechos y libertades.

BIBLIOGRAFÍA

Belda, E.: «Elementos simbólicos de la Constitución española. La protección al uso de los símbolos por las personas y las instituciones», en *Revista Española de Derecho Constitucional,* 117 (2019).

García Pelayo, M.: «Ensayo de una teoría de los símbolos políticos» (1964), en *Obras completas*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

Häberle, P.: *Feiertagsgarantien als Kulturelle Identitätselemente des Verfassungsstaates*. Berlin: Duncker & Humblot, 1987.

— *El himno nacional como elemento de identidad cultural del Estado constitucional*. Madrid: Dykinson, 2012.

Moreno, J.; Núñez, X. M.: «Los símbolos nacionales en la España constitucional (1978-2017): Un consenso precario», en B. Pendás (dir.) *España Constitucional (1978-2018). Trayectorias y perspectivas*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2018.

Solozábal, J. J.: «Artículo 4», en M. E. Casas y M. Rodríguez-Piñero (dirs.) *Comentarios a la Constitución española*. Madrid: Fundación Wolters Kluwer, 2008.

Troncoso, A.: «La bandera y la capitalidad», en *Revista de Derecho Político,* 103 (2018)

VV. AA.: *Símbolos de España*. Textos de F. Menéndez Pidal, H. O'Donnell y B. Lolo. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

Enrique Belda Pérez-Pedrero
Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universidad de Castilla-La Mancha

VER TAMBIÉN: ARQUITECTURA Y POLÍTICA / ARTE Y POLÍTICA / CINE Y POLÍTICA / CONSTITUCIÓN / CULTURA POLÍTICA / EMOCIONES POLÍTICAS / LIBERTAD DE EXPRESIÓN / LITERATURA Y POLÍTICA / MÚSICA Y POLÍTICA / NACIÓN Y NACIONALISMO

SINDICATO

El nacimiento del sindicato es un fenómeno relativamente reciente –segunda mitad del siglo XIX o principios del XX, según los países–, existiendo en líneas generales tres etapas históricas hasta su reconocimiento legal: una etapa de prohibición, con sindicatos clandestinos y penalizados por delitos de asociación ilícita o de conspiración; una etapa de realismo tolerante y despenalizador; y una etapa de reconocimiento jurídico que en España se sitúa muy tarde (Ley de organizaciones profesionales de la Segunda República).

En el orden internacional, a partir de 1919 aparecerán los primeros textos de reconocimiento de la libertad sindical (Constitución de la OIT de 1919, Declaración Universal de los Derechos del Hombre de la ONU de 1948, Convención Europea de 1950, Convenios Internacionales sobre Derechos Humanos de 1966 o Convenios 87 y 98 de la OIT de 1948 y 1949).

La libertad sindical viene regulada actualmente en España en los arts. 7 y 28.1 CE y en la Ley Orgánica de Libertad Sindical de 1985 (LOLS), donde se reconocen todas las libertades en que se concreta: las individuales (de constitución, de afiliación y no afiliación) y las colectivas (de reglamentación, de representación, de gestión interna y externa, de suspensión y disolución y de federación y confederación nacional e internacional), estableciéndose concretas garantías frente a las injerencias del Estado o de los empresarios.

Se admite así la constitución y afiliación sindical de todos los trabajadores por cuenta ajena (contratados laboralmente o funcionarios), en activo, parados o incapacitados y de los trabajadores autónomos que no tengan trabajadores a su servicio, garantizando la no discriminación empresarial en el empleo y en el trabajo. Los trabajadores autónomos, por su parte, podrán constituir asociaciones profesionales para la defensa de sus intereses.

La pluralidad sindical existente es sin duda consecuencia natural de la libertad sindical, si bien, conforme a la doctrina del Comité de Libertad Sindical de la OIT y de nuestro Tribunal Constitucional, se ha entendido que la atribución de una *«mayor representatividad»* a determinados sindicatos es lícita siempre que las prerrogativas atribuidas a los mismos se refieran a las «acciones de participación» (negociación colectiva y participación institucional) y no a las «acciones de contestación o de reivindicación» (huelga y planteamiento de conflicto colectivo), que constituyen funciones primarias del sindicalismo, donde debe regir un principio de igualdad absoluto entre los distintos sindicatos.

La responsabilidad del sindicato viene regulada en la LOLS, distinguiendo entre su responsabilidad por actuaciones de sus órganos y su irresponsabilidad por los actos individuales de sus afiliados, salvo en dos excepciones: que estos últimos se produzcan en el ejercicio regular de sus funciones representativas o que se pruebe que los afiliados actuaban por cuenta del sindicato.

Con independencia de los problemas que plantea la baja tasa de afiliación sindical, que en el caso de España es importante, el sindicato plantea para el

futuro dos grandes problemas: el primero, de naturaleza estrictamente doméstica; y el segundo, de carácter general.

En España, la estructura de la representación de los trabajadores en la empresa plantea un problema endémico que se gestó a la salida de la dictadura y que se mantiene hasta hoy, sin visos claros de solución. Existen dos clases de representantes de los trabajadores en la empresa: los representantes sindicales y los unitarios o institucionales. Los primeros, elegidos por los trabajadores afiliados al sindicato en la empresa. Los segundos, elegidos por todos los trabajadores de la empresa. La representación sindical está constituida por las secciones sindicales de empresa y los delegados sindicales que representan solamente a los trabajadores afiliados al sindicato correspondiente. La representación unitaria o institucional de los trabajadores está constituida por los comités de empresa y los delegados de personal y representa a todos los trabajadores del centro de trabajo con independencia de su afiliación sindical.

Así pues, conviven un canal electivo, con fundamento democrático, y un canal sindical, con fundamento afiliativo. El origen de la implantación de este modelo dual fue el resultado de un equilibrio salomónico entre las tesis de CC. OO., favorable a dar protagonismo a la representación electiva, y las de UGT, defensora de la sindicalización de la empresa. El resultado de esta controversia fue el reconocimiento de los representantes sindicales en la empresa, desarrollado en la LOLS, a cambio de la potenciación de las funciones sindicales de los representantes unitarios, convertidos, además, en el eje del sistema, al adoptar el legislador un modelo de representatividad sindical sobre la base de la audiencia electoral y no de la afiliación.

Una consecuencia clara de esta opción es la sindicalización de los delegados de personal y comités de empresa. El sindicato actúa, así, por regla general, indirectamente, a través de representantes no sindicales en los centros de trabajo y empresas. Son muchas e intensas las relaciones que unen a ambas representaciones. El predominio de una u otra dependerá de cada empresa, donde, a partir de la inevitable sindicalización de los delegados de personal y comités, los sindicatos pueden optar por dar más protagonismo a las secciones sindicales o apostar por los órganos electivos para desarrollar las funciones sindicales.

Los representantes electivos y sindicales de los trabajadores en la empresa tienen en nuestro modelo la doble función de participación y reivindicación, por lo que el doble canal de representación se confunde así con un modelo de doble participación y reivindicación.

Este modelo plantea disfunciones organizativas y funcionales: básicamente, un modelo electoral desfasado de los representantes unitarios y un reparto inadecuado de las competencias entre los dos tipos de representantes existentes. Cabe, por tanto, considerar para el futuro la oportunidad de un debate político-sindical acerca de la reforma del modelo electoral (elecciones en la empresa y no en los centros de trabajo) y del reparto de competencias (funciones reivindicativas para el sindicato y participación institucional para los representantes unitarios), reforma que fortalecería la autonomía colectiva y la participación en la empresa, de una gran debilidad hoy día en España.

Finalmente, con carácter general, la creciente disrupción tecnológica ha desbaratado la tradicional organización y acción de los sindicatos. Así, de una parte, las nuevas formas de organización empresarial (fundamentalmente, las distintas manifestaciones de una generalizada descentralización productiva, la generalización de la robótica y de la inteligencia artificial y la proliferación de plataformas digitales sin infraestructura empresarial más allá de una página web) han provocado una agudización de la desagregación de los intereses colectivos de los trabajadores como consecuencia de la separación de los mismos en el tiempo de producción y en el lugar de trabajo, de una polarización enfrentada entre los trabajadores estratégicos cercanos a la empresa y los trabajadores periféricos inferiores, con la desaparición de muchos *«trabajos intermedios»* o de la competencia entre los propios trabajadores para alcanzar el *«encargo»* de las plataformas digitales lo que, con independencia de los *«discursos interesados»* en la *«expulsión»* de los sindicatos de estas nuevas formas de producción, hace ciertamente difícil mantener la sindicalización y, consiguientemente, las organizaciones sindicales tradicionales.

A todo lo anterior habría que sumar la pérdida de una clara delimitación fronteriza entre los trabajadores subordinados y los trabajadores autónomos, exigiendo del sindicato un mayor interés por acoger a estos últimos, lo que no resulta fácil debido a la mayor individualidad de estos y a las dificultades jurídicas que plantea la acción sindical desde la perspectiva del Derecho de la competencia (STJUE 4/12/ 2014, FNV Kunsten Informatie en Media, C-423/13) (Goerlich Peset, 2019).

Por otra parte, en la perspectiva de la tradicional acción del sindicato, piénsese en las disfuncionalidades que plantean en este nuevo escenario los procesos de participación institucional, de negociación colectiva, de conflictos colectivos y de huelgas gestionados por los sindicatos.

En cualquier caso, parecería que los sindicatos, ante los retos planteados por las nuevas tecnologías, resultan tan importantes o más que antes, para participar en el control de las mismas cara al empleo. Si bien, con todas las dificultades que sin duda ello conlleva, tendrán que modernizarse buscando el desarrollo de un *«ciberespacio sindical»* que les permita comunicarse con unos trabajadores cada vez más *«desagregados»* en el tiempo y en el espacio (por vía de ejemplo, el *«voto electrónico»* en las elecciones sindicales o la utilización de la Ley de Protección de Datos frente a las *«listas negras»* de trabajadores a través de la utilización empresarial del *«big data»*). *[Véase también la influencia de la Pandemia: regulación del teletrabajo, etc.].*

BIBLIOGRAFÍA

Baylos Grau, A.: *Sindicalismo y Derecho sindical*. Albacete: Bomarzo, 2016.
Goerlich Peset, J. M.ª: «Innovación, digitalización y relaciones colectivas de trabajo», en *Revista de Treball, Economia y Societat,* 92 (2019).
Sala Franco, T.: *Derecho sindical*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

SALA FRANCO, T.; ROQUETA BUJ, R.: *Los derechos sindicales de los funcionarios públicos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

Tomás SALA FRANCO
Académico correspondiente de la
Real Academia de Ciencias Morales y Políticas
Catedrático Emérito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Valencia. Estudio General

VER TAMBIÉN: CONTRATO DE TRABAJO / CONVENIO COLECTIVO / DERECHO DEL TRABAJO / DESPIDO LABORAL / ESTADO SOCIAL / HUELGA / JURISDICCIÓN SOCIAL / **PANDEMIA: PERSPECTIVA LABORAL** / SALARIO

SISTEMA POLÍTICO

Algunos politólogos e historiadores afirman que el concepto de sistema político se empieza a vislumbrar con Aristóteles y, dentro del enfoque pseudo sistémico aplicado a la política, en el Leviatán de Hobbes. La noción de que la política es un «sistema» es relativamente nueva. Su origen más reciente se enmarca en el movimiento conductista de los años 50 del siglo pasado a raíz del desarrollo de la teoría de sistemas y su aplicación en la disciplina de la Ciencia Política generando un cambio sustantivo en la comprensión del proceso de gobierno. El concepto se atribuye a David Easton (1953), quien en un intento serio de establecer un nuevo paradigma científico propone elaborar modelos abstractos de análisis dotados de una orientación conceptual asentada en una serie integrada de categorías empíricamente relevantes, que permitan interpretar la vida política como un sistema de conducta y relaciones. Significaba trasladar el objeto de los estudios de la disciplina centrado en las formas estructurales del Estado hacia los procesos políticos, para describir y analizar la política en su nivel más amplio.

El concepto de sistema político remite a un conjunto organizado de elementos, interdependientes y conectados entre sí que desarrollan actividades encaminadas a resolver las necesidades sociales. El sistema político está inmerso en un medio real o *ambiente total* que le es necesario para su existencia y con el que establece interacciones e intercambios recíprocos. Este ambiente somete al sistema político a toda una serie de influencias, tensiones y perturbaciones que actúan sobre él y provocan una reacción que conduce, bien a su modificación, bien a su estabilidad y, por tanto, a su persistencia. Estas influencias adoptan la forma de demandas o insumos ante los que el sistema político reacciona proyectando al ambiente su respuesta en forma de resultados o productos, decisiones obligatorias y medidas políticas que influyen a su vez en ese ambiente, provocando una nueva respuesta, que adoptará la forma de una nueva serie de demandas para el sistema político. De esta forma, se establece un circuito de retroalimentación cuyo estudio y comprensión permitirá explicar los procesos por los que el sistema político consigue hacer frente a la tensión y persistir, manteniendo el nivel de apoyo por encima del mínimo necesario. El resultado es un análisis del sistema político en términos dinámicos, que permite interpretar los procesos políticos como un flujo continuado y entrelazado de conductas.

La definición de sistema político varía en función de las posiciones restrictivas o extensivas que sobre él se adopten. Los tres elementos que integran los sistemas políticos, según Easton, son la comunidad política, el régimen (reglas, normas y procedimientos que apuntalan el funcionamiento de las instituciones) y las autoridades. Así, el concepto se refiere no solo a una sociedad política organizada de una forma específica, sino también a las instituciones, las estructuras y los valores dominantes en dicha sociedad. Su carácter dinámico permite ampliar sus límites e incluir todos los aspectos vinculados a la vida política, desde el proceso de adopción de decisiones y la facultad de hacerlas efectivas hasta su legitimación, así como toda la actividad relacionada con el comportamiento de los grupos humanos organizados en su sociedad y los resultados de la acción política que se derive.

El sistema político es una fórmula flexible de síntesis y un concepto unificador, una forma de aproximarse a la política que carece de entidad metodológica propia. Las relaciones entre los elementos del sistema permiten su análisis aplicando el método comparado, explicando y valorando la realidad política en toda su complejidad y polivalencia. Especiales dificultades surgen a la hora de elaborar tipologías de los sistemas políticos consecuencia de la variedad de criterios clasificatorios que se adoptan. Durante décadas, los politólogos occidentales contrapusieron sistemas democráticos y sistemas autoritarios, que dieron paso a los estudios de democratización que exploran el tipo de condiciones y obstáculos que deben afrontar aquellas sociedades deseosas de transitar hacia regímenes de mayor transparencia democrática, y de consolidarse en ella (Linz y Stepan, 1996). Una perspectiva complementaria surge del estudio de Almond y Verba (1963) quienes proponen centrar el foco en el punto de unión entre el plano micro del comportamiento político individual (componentes psicológicos individuales) y el plano macro de la estructura y funcionamiento de los sistemas políticos. No obstante, la relación entre variables de cultura política y sistemas democráticos no ofreció una tipología satisfactoria dado que las categorías de sistemas políticos resultantes no eran ni exhaustivas ni exclusivas y no permitían la clasificación de algunos de ellos (Pasquino, 2003). Esta problemática constata la complejidad analítica y la pluralidad de modelos de sistemas políticos existentes. Criterios clásicos, influidos por la tradición jurídica, distinguieron entre «formas de Estado», relacionando elementos tales como territorio, pueblo y poder, y «formas de gobierno» y su capacidad decisoria, cuyo resultado se concretó en las tipologías de sistemas presidencialistas, sistemas parlamentarios o sistemas mixtos (a los que hoy en día se añaden los sistemas *híbridos*). Esta clasificación considera como componentes la estructura del poder y las relaciones que se establecen entre el Ejecutivo y el Legislativo, es decir, entre Gobierno y Parlamento.

Un análisis más detallado y ambicioso de clasificación de los sistemas políticos es el propuesto por Lijphart (1987) quien toma en consideración la interrelación de una serie de variables sociales y políticas tales como la estructura monista o pluralista de las instituciones estatales, su organización territorial simple o compuesta (unitaria o federal), los sistemas electorales y los sistemas de partidos y su relación unidimensional o pluridimensional respecto a conflictos sociales, lo que le permite establecer dos grandes modelos: el modelo mayoritario o de «Westminster» y el modelo de consenso. Esta tipología identifica cinco diferencias entre ambos modelos considerando la dimensión «federal-unitaria» y la dimensión «partidos políticos-poder ejecutivo». Centrado el análisis del sistema político en sus resultados, Tsebelis (2002) considera que el grado de estabilidad de las políticas públicas es el factor esencial para entender determinadas características estructurales de un sistema político. Este autor identifica en el sistema político los actores dotados de poder de veto para explorar el impacto que las diferentes instituciones políticas tienen sobre las políticas públicas. Los resultados, entendidos básicamente como producción legislativa, dependen de las preferencias de los actores implicados en la decisión, así como de las instituciones en las que interactúan. Cada sistema político tiene una configuración determinada de jugadores con poder de veto, y en función del número de dichos jugadores, de su distancia ideológica y de su cohesión interna se propone una clasificación de sis-

temas políticos. La teoría de los jugadores con veto simplifica la comparación entre sistemas políticos considerados con anterioridad como antagónicos e inconmensurables.

Desde una aproximación más extensiva del concepto de sistema político, la Ciencia Política se ha centrado recientemente en el estudio de otros elementos de los sistemas políticos con potencial explicativo y clasificatorio (Norris, 2011). Para ello construye indicadores que posibilitan la comparación y analizan las características de los sistemas democráticos en base a los niveles que arrojan los índices de respeto y garantías de los derechos y libertades de los ciudadanos, los niveles de democratización y participación, el índice de integridad electoral, bienestar e igualdad, la legitimidad y eficiencia institucional, para abordar de forma interrelacionada las características definitorias de los sistemas políticos actuales.

BIBLIOGRAFÍA

ALMOND, G. A.; VERBA, S.: *The Civic Culture. Political attitudes and democracy in five nations*. Princeton: Princeton University Press, 1963.

EASTON, D: *The Political System. An inquiry into the state of Political Science*. New York: Alfred A. Knopf, 1953.

LIJPHART, A.: *Las democracias contemporáneas. Un estudio comparativo*. Barcelona: Ariel, 1987.

LINZ, J.; STEPAN, A.: *Problems of Democratic Transition and Consolidation: Southern Europe, South America and Post-communist Europe*. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 1996

NORRIS, P.: *Democratic Deficit*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

PASQUINO, G.: *Sistemas políticos comparados*. Buenos Aires: Prometeo, 2003.

TSEBELIS, G.: *Veto players: how political institutions works*. Princeton: Princeton University Press, 2002.

Irene DELGADO SOTILLOS
Catedrática de Ciencia Política
Universidad Nacional de Educación a Distancia

VER TAMBIÉN: CIENCIA POLÍTICA / CULTURA POLÍTICA / DEMOCRACIA / FORMAS DE GOBIERNO / GOBERNANZA / PARTICIPACIÓN POLÍTICA / SISTEMA SOVIÉTICO / SISTEMA DE PARTIDOS / TOTALITARISMO

SISTEMA SOVIÉTICO

La Unión Soviética terminó su trayectoria histórica en «una especie de Nada», escribe François Furet en *El final de una ilusión*, sin duda el mejor libro sobre la crisis terminal del sistema y, por tanto, sobre la superación de la política de bloques, la Guerra Fría y la sociedad internacional que nace en la segunda posguerra y concluye (simbólicamente) en la caída del muro de Berlín, el 9 de noviembre de 1989. Resulta sorprendente que apenas treinta años después hablemos de un modelo enterrado por la Historia, cuando durante casi medio siglo fue una alternativa ideológica y política al Estado constitucional. Desde el punto de vista de la Teoría Política, el concepto marxista-leninista del Estado es rigurosamente contrario a la democracia pluralista. En *La ideología alemana* o en el *Manifiesto comunista* de 1848 («obra maestra de la literatura revolucionaria», en palabras de George Sabine), Marx y Engels trasladan al ámbito de la política las tesis doctrinales del materialismo histórico y dialéctico: la Revolución como sistema científico; la lucha de clases como motor de la Historia; el Estado y el Derecho como instrumentos al servicio de la explotación de la clase dominante, en particular en las democracias burguesas, cuya «superestructura» ideológica pretende ocultar las condiciones materiales que determinan la realidad socioeconómica.

Todo ello surge con la Revolución rusa de 1917; en rigor, con la segunda, la de *Octubre*, frente al débil y transitorio Gobierno burgués de *Febrero*, tras el hundimiento del régimen zarista y la rebelión dirigida desde el Soviet de Petrogrado. Una gran paradoja, como es notorio, de acuerdo con la ortodoxia marxista: la Revolución tendría que haberse producido en los países más avanzados y no en un viejo Imperio periférico, desvencijado y feudal. El Partido Comunista como vanguardia del proletariado; «todo el poder para los soviets»; el Terror Rojo; el fin de la guerra europea en Brest-Litovsk y el comienzo de la guerra civil implacable contra los rusos «blancos»… Los historiadores ofrecen ya una relación rigurosa y objetiva en lo posible de esta genuina *dictadura* (E. H. Carr) que constituye, en dura competencia con el nazismo alemán, la expresión más radical del totalitarismo que altera para siempre, aunque (felizmente) no destruye, los fundamentos políticos, socioeconómicos y culturales de la Europa liberal y democrática. Vladimir Ilich Ulianov, Lenin, es el gran protagonista de esta primera etapa: el líder de los «bolcheviques» explica en *¿Qué hacer?* y en *El Estado y la Revolución* los objetivos políticos del comunismo: conquistar el Estado para después (supuestamente y *sine die*) destruirlo; establecer una implacable «dictadura del proletariado» en ese período intermedio; exportar la Revolución, en lucha contra el imperialismo, *«fase superior del capitalismo»,* según el título de otro de sus célebres opúsculos. La Nueva Política Económica (NEP), la creciente fortaleza del Partido único y su poderoso Politburó y la Constitución de 1922 que crea la URSS, con un modelo de apariencia federal, son los grandes hitos de esta etapa fundacional.

Tras la muerte de Lenin en 1924, la lucha sin tregua entre Stalin y Trotski es el escenario de las purgas permanentes en el PCUS, los Planes quinquenales para la industrialización («cañones y no mantequilla») y el surgimiento del Komintern,

la Internacional Comunista, mezcla –escribe Antonio Elorza– de retórica revolucionaria con imperialismo soviético. Casi un siglo después, resulta difícil comprender los debates apasionados que produjeron las tesis respectivas de Trotski sobre la «revolución permanente» y de Stalin sobre «el socialismo en un solo país». Lo cierto es que el organizador del Ejército Rojo perdió la batalla política y sufrió la crueldad de sus enemigos hasta culminar con su asesinato en México a cargo de Ramón Mercader, pero la Historia (como suele ocurrir con los perdedores) ha sido más benévola hacia su figura. Stalin, el ganador, es hoy símbolo del totalitarismo extremo y a su muerte en 1953 se pone en marcha un proceso de «desestalinización» que abre una época nueva en las relaciones internacionales. La Constitución de 1936 es la expresión (más sociológica que jurídica, según el concepto soviético de Constitución) del régimen de Stalin: «Estado socialista de obreros y campesinos», que pasa a ser «Estado socialista de todo el pueblo» en la tardía Constitución de 1977; monopolio del PCUS a través del sedicente «centralismo democrático»; concentración del poder en el Presidium del Soviet Supremo y, en la práctica, culto a la personalidad del dictador.

La evolución del sistema continúa bajo el mandato de Krushev, Brezhnev y otros líderes cuyos nombres se pierden en la letra pequeña de los libros de Historia, hasta llegar a 1991: acceso al poder de Mijail Gorbachov. La tiranía se vuelve rutinaria y burocrática; la planificación, más tosca e improvisada; en fin, la literatura (Orwell, Koestler, Soljenitsin y tantos otros) denuncia la realidad del «paraíso» comunista. Sigue en pie, sin embargo, una formidable máquina de propaganda con notable relevancia entre los intelectuales de Occidente y, sobre todo, un Imperio soviético construido a partir de la supremacía de Moscú sobre las democracias populares, según la singular doctrina de la «soberanía limitada por las conquistas del socialismo». Es verdad, puestos a matizar, que hubo cierta autonomía en Yugoslavia con Tito, que la China de Mao siguió su propio camino y, sobre todo, que la rebelión de Hungría (1956) y la «primavera» de Praga (1968) reflejan las grietas de un sistema que aparentaba ser monolítico.

La Unión Soviética se desploma en poco tiempo de forma sorprendente. Solidaridad en Polonia y la «Revolución de 1989» (R. Dahrendorf) en Berlín acompañan a la *Perestroika* de Gorbachov, reflejo de una sociedad anquilosada por la falta de libertades y el estancamiento económico, dominada por una *nomenklatura* cerrada sobre sí misma y superada por la crisis (externa) del Pacto de Varsovia y por la explosión (interna) de las nacionalidades, anticipada con brillantez por la historiadora francesa Helène Carrère d'Encausse. El resto es ya realidad contemporánea: fracaso de la Comunidad de Estados Independientes y surgimiento de nuevos Estados soberanos en las ruinas de la antigua URSS, unos pocos con sistemas constitucionales y otros muchos como prolongación nacionalista de las viejas oligarquías del PCUS. Como es obvio, la Rusia de Vladimir Putin constituye el mejor ejemplo de la prolongación con modos autoritarios adaptados al siglo XXI (elecciones incluidas) del eterno imperialismo ruso.

Entre 1914 y 1989 discurre el llamado por Eric Hobsbawm «corto» siglo XX. Entre los horrores del siglo, la apertura parcial de los archivos del KGB confirma todas las sospechas sobre el *Gulag* y el miedo cerval que configuran la realidad fáctica de aquel modelo que nació como expresión de una utopía. Aquellos días de *Octubre* que «conmo-

vieron al mundo» trajeron como resultado una brutal represión, en el peor de los casos, y una vida lánguida y oscura en las épocas menos democráticas. Las vanguardias artísticas (desde el *Acorazado Potemkin* a los carteles revolucionarios) dejaron su puesto al «realismo socialista» y a los edificios de ínfima calidad en ciudades sucias y contaminadas. El «telón de acero» dividió a Europa en dos y consiguió ocultar hasta el final la fragilidad del sistema soviético. Es muy significativo que todavía a principios de los 80, el gran Raymond Aron, el mejor estudioso de la Guerra Fría y la política de bloques, respondiera así a la pregunta sobre el futuro de la URSS: «nada va a cambiar en el mundo soviético durante los próximos cincuenta años». Así como la República Popular China ha evolucionado hacia un capitalismo autoritario bajo retórica pseudocomunista, otros países mantienen formalmente los principios del marxismo-leninismo (Cuba, a su manera; Corea del Norte, con singular perseverancia, en la medida en que el paralelo 38 es el último residuo de la Guerra Fría). Concluimos también con F. Furet: todavía cabe discutir sobre el sistema soviético en el terreno de las ideologías; en cambio, su fracaso absoluto en el ámbito político, económico y moral es una evidencia indiscutible.

BIBLIOGRAFÍA

Carr, E. H.: *La Revolución bolchevique (1917-1923)*. Madrid: Alianza, 1985.

Carrère d'Encausse, H.: *Seis años que cambiaron el mundo (1985-1991). La caída del Imperio soviético*. Barcelona: Ariel, 2016.

Cerroni, U.: *El pensamiento jurídico soviético*. Madrid: Edicusa, 1977.

De Esteban, J. y Varela, S.: *La Constitución soviética*. Madrid: Universidad Complutense, 1978.

Furet, F.: *El pasado de una ilusión. Ensayo sobre la idea comunista en el siglo XX*. Madrid: Fondo de Cultura Económica, 1995.

Kelsen, H.: *Teoría comunista del Derecho y del Estado*. Buenos Aires: Emecé, 1958.

Service, R.: *Historia de Rusia en el siglo XX*. Barcelona: Crítica, 2000.

Taibo, C.: *Historia de la Unión Soviética*. Madrid: Alianza, 2010.

Pablo J. Pendás Prieto
Letrado de las Cortes Generales

VER TAMBIÉN: AUTORITARISMO / CHINA / COMUNISMO / DICTADURA / IDEOLOGÍAS / IZQUIERDA POLÍTICA / REVOLUCIÓN / SOCIALISMO / SUPERPOTENCIAS / TOTALITARISMO

SISTEMAS DE PARTIDOS

Los partidos políticos, como entes que canalizan la representación de los ciudadanos, son el eje central de los regímenes políticos. Desde una perspectiva numérica, se suele distinguir entre los «sistemas de partido único», los «sistemas de partido hegemónico», los «sistemas de partido predominante», los «sistemas bipartidistas», los «sistemas de pluralismo moderado» o los «sistemas de pluralismo extremo».

La clasificación numérica de los sistemas políticos, sin embargo, debe ser complementada con una tipología adicional, que relaciona la mayor o menor apertura y libertad política de regímenes políticos con sus tipologías de partidos, distinguiendo así entre los «sistemas de partidos competitivos» y los sistemas «no competitivos».

En los sistemas de partidos *competitivos,* hay una lucha política por el poder, mediante la celebración de elecciones, periódicas, libres y competitivas, por lo que puede producirse una alternancia política en el Gobierno y/o el Parlamento. Este sería el caso de los sistemas de partido pluralistas, los sistemas bipartidistas y los sistemas de partido predominante. Por el contrario, los sistemas *no competitivos* no permitirían el disfrute de los derechos políticos de los ciudadanos, de modo que, en el caso de que se produzcan elecciones, estas no son libres ni competitivas, por lo que la oposición (en caso de existir) no tiene opciones reales de acceder a los escaños en disputa. Los sistemas de partidos no competitivos serían aquellos que dan lugar a sistemas de partido único o de partido hegemónico.

Los regímenes autoritarios y totalitarios tienden al modelo de sistema de partido único, en el que existe una formación política que monopoliza el uso del poder. Dicho partido es portador y representante de una cosmovisión única, que no permite el pluralismo ideológico. No obstante lo cual, la diferencia entre los regímenes totalitarios y los autoritarios radica en que los totalitarismos suelen tener un sistema de partido único y los autoritarismos, en ocasiones, dan lugar a un sistema de partido hegemónico, que aceptaría la existencia de algún partido adicional residual. Los totalitarismos no admiten la existencia de terceros partidos políticos, lo que implica que el sistema de partido totalitario o unipersonal tiende a la ideocracia, a un sistema intolerante, donde solo se puede defender la verdad oficial del régimen que lo sostiene. El monismo ideológico totalitario, en la práctica, se traduce en la supresión y persecución de las demás ideologías. El modelo totalitario otorga además centralidad al partido único, que se articula como principal organización del sistema político. Ejemplos de este modelo unipartidista se habrían producido, por ejemplo, durante la República Popular China de Mao o durante el régimen nazi de Hitler en Alemania *(véase también la voz «Sistema soviético» para el caso de la URSS).* Por el contrario, los regímenes autoritarios o dictatoriales pueden dar lugar a la supervivencia de terceras fuerzas políticas, siempre y cuando estas no cuestionen el monopolio del poder político por parte del partido del régimen, de ahí que se denominen sistemas de partido hegemónico, ya que el partido del régimen es quien controla el sistema político en su conjunto, de modo que se permite la existencia de partidos secundarios o partidos satélite, que no compiten por el poder político, aunque pueden llegar a

ocupar algún escaño residual en la cámara de representación política u ocupar alguna parcela de poder secundario en las instituciones públicas.

En el contexto de elecciones competitivas, no caben los sistemas de partido único o sistemas de partido hegemónico, por lo que se produce una coexistencia entre distintas formaciones que compiten por el poder. Cuanto más libres y competitivas sean las elecciones, así como cuanto más proporcionales sean los sistemas electorales empleados en dichos procesos electorales, más pluralistas serán los sistemas de partidos y viceversa.

En los regímenes híbridos, en transición de la dictadura a la democracia, puede darse un sistema de partido predominante, en el que hay más de un partido político, pero no se produce con facilidad una alternancia política en el poder, de modo que prevalece un mismo partido gobernando en el tiempo o conquistando la mayoría absoluta de los votos. Este sistema de partidos puede producirse también en democracia, aunque es menos habitual.

En los sistemas democráticos, puede darse un sistema de partidos bipartidista o pluralista. En los sistemas de partidos bipartidistas, hay más de dos partidos políticos compitiendo entre sí en las elecciones, pero dos de ellos tienen posibilidades reales de conquistar la mayoría absoluta de los votos, lo que se traduce en que generalmente se produce una alternancia en el poder político entre los citados dos grandes partidos. Para autores como Maurice Duverger (1951), lo natural es una sociedad dualista, bipolar, donde haya dos partes enfrentadas, lo cual explicaría el bipartidismo. Sin embargo, es más frecuente encontrarse con sistemas multipartidistas que bipartidistas, por lo que Duverger explica el multipartidismo como una superposición de dualismos en torno a distintas cuestiones políticas.

En el caso de los modelos de partido pluralistas, según Giovanni Sartori (1976), hay sistemas de pluralismo limitado cuando existen entre tres y cinco partidos políticos importantes, lo que implica que todos ellos tienden hacia el centro, para captar el mayor número de votos y pueden producirse coaliciones entre ellos. En el caso de los modelos de partido de pluralismo extremo, existen entre cinco y siete formaciones políticas relevantes, lo que favorece la existencia de partidos radicales –ya sean de izquierda o de derecha–, partidos antisistema, partidos de centro, partidos que representan minorías (étnicas, lingüísticas, religiosas, etc.) o partidos populistas, entre otros. La interacción entre ellos o las posibilidades de coalición son más complejas que en los sistemas de pluralismo moderado.

Los sistemas de partidos son muy sensibles a los *sistemas electorales,* de modo que los sistemas electorales mayoritarios tienden a producir sistemas bipartidistas, salvo cuando existen subgrupos sociales en proporciones mayoritarias y en áreas geográficas concretas; al tiempo que los sistemas electorales proporcionales pueden reducir el número de partidos parlamentarios en función de la mayor o menor desproporcionalidad del sistema electoral. Así pues, un sistema electoral proporcional impuro puede permitir uno o dos partidos de más en relación al formato bipartidista, es decir, tres o cuatro en total, por lo que habría un pluralismo moderado. Mientras, un sistema proporcional puro o relativamente puro permitiría la existencia de cinco a siete partidos en total. Asimismo, la estabilidad de los sistemas de partidos será una de las claves de la estabilidad de los propios regímenes políticos y la consolidación democrática, según Juan J. Linz (2002).

Desde una perspectiva aplicada, Dieter Nohlen (1994) señala que los sistemas parlamentarios europeo-continentales tienden al multipartidismo (generalmente con gobiernos de coalición), ya sea más plural o moderado; el sistema parlamentario británico suele ser bipartidista, con gobiernos unicolores, al igual que el sistema presidencialista norteamericano; mientras que el presidencialismo latinoamericano presenta múltiples facetas, que van desde los sistemas de partidos no competitivos (como en el régimen castrista en Cuba), a los sistemas de partidos competitivos, con mayor y menor pluralismo.

El reto a futuro de los sistemas de partidos radica en la desafección ciudadana hacia los partidos políticos (Richard Gunther y José Ramón Montero, 2002), que ha generado el surgimiento de nuevas formaciones políticas (Ignacio Lago, 2011), acciones alternativas de protesta social y nuevos populismos, que están cambiado los sistemas de partidos tradicionales y la forma de canalizar y representar las demandas sociales.

BIBLIOGRAFÍA

DUVERGER, M.: *Los partidos políticos*. México: FCE, 1974 (1951).
GUNTHER, R.; MONTERO, J. R.; LINZ, J. J., eds.: *Political Parties: Old Concepts and New Challenges*. Oxford: Oxford University Press, 2002.
LAGO, I.; MARTÍNEZ, F.: «Why New Parties?», en *Party Politics*, 17:1 (2011).
MARTÍNEZ CUADRADO, M.; MELLA MÁRQUEZ, M.: *Partidos políticos y sistemas de partidos*. Madrid: Trotta, 2012.
NOHLEN, D.: *Sistemas electorales y partidos políticos*. México: FCE, 1994.
SARTORI, G.: *Partidos y sistemas de partidos*. Madrid: Alianza, 2005.

Ainhoa URIBE OTALORA
Profesora Titular de Ciencia Política
Universidad CEU San Pablo

VER TAMBIÉN: AUTORITARISMO / CALIDAD DEMOCRÁTICA / CLIVAJE / COALICIONES / COMUNISMO / CULTURA POLÍTICA / DEMOCRACIA / ELECCIONES / ESTADO CONSTITUCIONAL / ESTADO DE PARTIDOS / ESTADO DEMOCRÁTICO / FASCISMO / IDEOLOGÍAS / LIBERTAD POLÍTICA / MAYORÍAS Y MINORÍAS / OPOSICIÓN POLÍTICA / PARTIDOS POLÍTICOS / SISTEMAS ELECTORALES / SISTEMAS POLÍTICOS / TOTALITARISMO

SISTEMAS ELECTORALES

En su *Glosario básico de sistemas electorales*, Colomer, Montero y Lago (2005: 356) definen un *sistema electoral* como la «combinación de reglas, fórmulas y mecanismos que traduce los votos emitidos por los electores a partidos o candidatos en escaños de un Parlamento, y los escaños se asignan a los partidos o candidatos». De la definición se desprende que la noción de *sistema* implica la existencia de una pluralidad de elementos interrelacionados que forman parte de un todo. La literatura dedicada al estudio de los sistemas electorales identifica, al menos, cinco elementos que intervienen en la conversión de votos en escaños: tamaño del Parlamento; circunscripción o distrito electoral; fórmula electoral; barrera o umbral legal, y tipo de listas. Según la forma en que se combinen dichos elementos, los sistemas electorales producen efectos diferentes, que, a su vez, pueden estimular distintos comportamientos en los actores participantes en las elecciones.

Los sistemas electorales se han agrupado tradicionalmente en tres grandes grupos: mayoritarios, proporcionales y mixtos (Reynolds *et al.*, 2005). La familia de los sistemas electorales *mayoritarios* es aquella en la que habitualmente se emplean distritos uninominales. Estos sistemas están concebidos con la finalidad de lograr que el partido vencedor en unas elecciones obtenga una mayoría de escaños con la que implementar desde el gobierno el mandato de sus votantes. El más conocido es el sistema de mayoría relativa o *first past the post*, donde el candidato más votado se adjudica el escaño en juego; es el empleado en el Reino Unido, Estados Unidos, Canadá o India. Pero también existen sistemas de mayoría absoluta como en Francia, donde si ninguno se hace con la mayoría se celebra una segunda ronda electoral *(ballotage)* para dirimir por mayoría relativa a qué candidato otorgar el escaño.

La familia de los sistemas electorales *proporcionales* engloba a todos aquellos en los que la distribución de escaños entre los partidos se realiza de forma que su representación parlamentaria sea proporcionada respecto a sus porcentajes de voto. Los sistemas proporcionales, de amplia implantación en países europeos y latinoamericanos, son aquellos que emplean fórmulas distributivas, que pueden ser de divisor (D'Hondt o Sainte-Laguë) o de cuota (Hare, Droop o Imperiali). Además, los sistemas proporcionales tienen que poseer circunscripciones plurinominales donde haya varios escaños en juego. La proporcionalidad es una cuestión de grado, y cuanto mayor sea la magnitud de las circunscripciones más proporcionales serán los resultados y más partidos podrán optar a la representación. En ocasiones, los sistemas proporcionales establecen barreras o umbrales electorales, es decir, porcentajes de voto mínimos que los partidos deben superar para acceder al reparto de escaños.

Por último, encontramos la categoría de los sistemas electorales *mixtos,* aquellos en los que se combinan reglas de mayoría y reglas de representación proporcional. Existen dos grandes modalidades de sistemas mixtos, dependiendo de si los «circuitos» proporcionales y mayoritarios están o no conectados. Cuando la adjudicación de escaños se aplica de forma separada en ambos circuitos, nos encontramos ante un *sistema paralelo* como el de Japón hasta 1993, Rusia hasta 2007 o Co-

rea del Sur. Cuando, en cambio, los resultados de los dos tipos de elección sí están vinculados, estamos ante un *sistema de representación proporcional personalizada*, empleado en Alemania o Nueva Zelanda. Estos sistemas electorales han despertado un gran interés en los últimos años porque, en opinión de algunos, consiguen un equilibrio virtuoso entre los efectos positivos de los sistemas proporcionales y de los mayoritarios.

La dimensión de los sistemas electorales que más atención ha recibido tradicionalmente ha sido la *interpartidista*, esto es, la que se refiere a cómo la combinación de elementos del sistema electoral afecta a la distribución de escaños entre las distintas fuerzas políticas. Pero también debe hacerse referencia a la dimensión *intrapartidista*, es decir, la dimensión del sistema que condiciona el reparto de escaños entre los candidatos hacia el interior de los partidos. En los sistemas proporcionales, es el grado de apertura de las listas lo que determina que sean los ciudadanos quienes seleccionen a unos candidatos respecto a otros o, por el contrario, lo sea el orden establecido previamente por los partidos. Una mayor apertura de las listas comporta un incremento en la llamada personalización de los sistemas electorales, es decir, en el grado de autonomía que las reglas electorales otorgan a los candidatos respecto a sus partidos, así como en los incentivos para que los candidatos cultiven un *voto personal*.

Entre los factores que afectan a esta dimensión *intrapartidista* en los sistemas proporcionales destaca el tipo de lista electoral utilizada. Un esquema convencional consiste en distinguir entre las listas cerradas y bloqueadas, listas desbloqueadas y listas abiertas. En los sistemas con listas cerradas y bloqueadas, presentes en países como Israel, Sudáfrica, España o Argentina, se sigue una dinámica en la que el elector debe escoger una candidatura de entre las presentadas por las distintas formaciones políticas y en las que sus componentes aparecen en un orden predefinido e inalterable del que dependerá la asignación de escaños a los candidatos. En los sistemas de listas desbloqueadas, muy abundantes en perspectiva comparada, el elector también escoge entre candidaturas, pero en este caso dispone de la capacidad –mayor o menor, en función del concreto modelo de desbloqueo– para mostrar preferencias y, eventualmente, alterar el orden de asignación de escaños a los candidatos respecto al previsto inicialmente. Por último, las listas abiertas son aquellas que ofrecen a los votantes la posibilidad de seleccionar candidatos de distintos partidos políticos, como en los sistemas de *panachage* de Suiza o Luxemburgo.

El campo de estudio de los sistemas electorales es uno de los más fecundos en la Ciencia Política; para una visión de conjunto, puede verse Gallagher y Mitchell (2008), Renwick (2010) y Herron y otros (2018). Desde la segunda mitad del siglo XX, una importante nómina de politólogos se ha esforzado en conocer estas peculiares instituciones. Gran parte de la literatura ha abordado su estudio como *variables independientes*, es decir, se ha ocupado de explicar cuáles son las repercusiones que las reglas electorales producen en otras dimensiones del sistema político y, en especial, en los sistemas de partidos. Sin embargo, desde hace tres décadas, han comenzado a realizarse también investigaciones que invierten la perspectiva y analizan las reglas electorales también como *variable dependiente*. Desde finales del siglo XX se observa así un creciente número de investigaciones que analizan los actores, dinámicas y condicionantes que intervienen en el diseño inicial de los sistemas

electorales, en la estabilidad que los caracteriza, así como en los escasos procesos de reforma electoral que acontecen. Así pues, la investigación comparada de los sistemas electorales es hoy un campo de estudio consolidado. Un campo cuya utilidad no se ha circunscrito únicamente al terreno académico, sino que, entre otros ámbitos, ha ayudado a la elaboración de sistemas electorales en países que transitaban a la democracia o a la formulación de recomendaciones para afrontar el siempre delicado diseño institucional en sociedades multiétnicas.

Con todo, existen agendas de investigación que podrían enriquecer nuestra comprensión sobre los sistemas electorales. Si las relaciones entre las reglas electorales y el número de partidos y la proporcionalidad están suficientemente perfiladas, hay trabajo pendiente en el ámbito de las reformas electorales, a pesar del enorme progreso realizado en los últimos años. También se puede profundizar en la dimensión *intrapartidista*, desentrañando los efectos que los distintos sistemas electorales tienen en el comportamiento de partidos, candidatos y diputados. Por último, sería conveniente dedicar mayor atención a los sistemas electorales subnacionales, sistemas frecuentemente eclipsados por el estudio de los nacionales, y así aumentar el número de observaciones en los estudios comparados.

BIBLIOGRAFÍA

COLOMER, J. M.ª, *et al.*: «Glosario básico de sistemas electorales», en *Zona Abierta*, 110-111 (2005).

GALLAGHER, M.; MITCHELL, P., eds.: *The Politics of Electoral Systems*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

HERRON, E. S., *et al.*, eds.: *The Oxford Handbook of Electoral Systems*. Oxford: Oxford University Press, 2018.

RENWICK, A.: *The Politics of Electoral Reform*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

REYNOLDS, A., *et al.*: *New International Idea Handbook of Electoral System Design*. Stockholm: IDEA International Institute, 2005.

Carlos FERNÁNDEZ ESQUER
Investigador en Ciencia Política
Universidad Autónoma de Madrid

VER TAMBIÉN: CAMPAÑA ELECTORAL / DEMOCRACIA / ELECCIONES / LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA / MAYORÍAS Y MINORÍAS / PARTICIPACIÓN POLÍTICA / PARTIDOS POLÍTICOS

SOBERANÍA

La soberanía es la seña de identidad del Estado como forma política. Los otros elementos clásicos (territorio y población) son comunes a cualquier entidad anterior al Estado y lo serían eventualmente respecto de una hipotética entidad postestatal. Lo mismo sucede con entes públicos infraestatales, ya sean de naturaleza política (partes integrantes de un Estado compuesto, tanto federal como regional) o simplemente administrativa (municipios y entes locales en general). *Solo el Estado es y puede ser soberano*, como requisito *sine qua non* de su carácter y condición.

Nace, pues, el concepto en los orígenes del Estado moderno durante la Baja Edad Media y el Renacimiento. Hay precedentes notorios, balbuceos conceptuales que aciertan a definirla pero no consiguen darle el nombre apropiado. Así, en la lucha del Rey de Francia Felipe el Hermoso contra el Papa Bonifacio VIII o en las *Partidas* de Alfonso el Sabio. El mérito corresponde, como es sabido, a Jean Bodin (*Los seis libros de la República*, 1576). Curiosamente, el premoderno Bodino, que dedica gran atención a brujas y magos y sigue hablando de *res publica*, es el padre del hallazgo conceptual que define la Modernidad política: *la souveraineté est la puissance absolue et perpétuelle d'une République* o, en versión latina, *majestas est summa in cives ac subditos legibusque soluta potestas*. A partir de ahí, el Estado triunfa definitivamente sobre las (débiles) opciones alternativas, tales como las repúblicas ciudadanas de base oligárquica, y se consagra en la Paz de Westfalia (1648), origen del Derecho Público europeo fundado sobre la *balance of powers* (Truyol y Serra). La apoteosis doctrinal llegará mucho más tarde con G. W. F. Hegel: ese Estado soberano es la encarnación del Espíritu Absoluto, la Idea Ética, refleja los pasos de Dios sobre la tierra…

En paralelo con el debate sobre quién es el titular legítimo de la soberanía (en síntesis: absolutismo monárquico *versus* pueblo o nación, sin olvidar tesis intermedias), la Teoría del Estado y la Filosofía del Derecho dedican sus mejores esfuerzos a determinar los rasgos constitutivos del concepto. Lo más fácil es volver a Bodino y recordar cuáles son las *vrais marques* de la soberanía. La clave está en la «jefatura jurídica del Estado» (Sabine). La ley estatal se identifica así con el Derecho, aunque permita de mala gana la pervivencia de normas consuetudinarias. De ahí se derivan otros atributos en régimen también de monopolio: declarar la guerra y hacer la paz; actuar como tribunal de última instancia; nombrar a los magistrados y funcionarios; acuñar moneda; imponer tributos; incluso, otorgar dispensas y privilegios, síntoma inequívoco de la arbitrariedad del poder. Estamos, pues, ante un concepto *fuerte* de soberanía, una «razón pública dotada de poder irresistible» (F. J. Conde) o, si se acepta la célebre fórmula de Carl Schmitt: soberano es quien decide sobre la situación excepcional. Opuesto a este enfoque, M. Kriele lo resume en términos concluyentes: «poder indiviso, incondicionado, ilimitado, de crear, modificar y violar el Derecho». Obviamente, el *politique* francés, siempre preocupado por la tolerancia religiosa, no había llegado tan lejos y, a su juicio, la *majestas* tiene como límite principal las «leyes fundamentales» relativas a la propiedad y la sucesión en el patrimonio familiar.

En el fondo, la soberanía trata de resolver el problema del relativismo (J. Havercroft). El Leviatán de Hobbes es un Gran Definidor que otorga significado unívoco a las palabras para evitar el caos que conduce a la guerra de todos contra todos. Mientras el pensamiento político liberal, desde Locke, y la práctica inglesa, desde la Gloriosa, siguen su propio camino, el surgimiento del Estado constitucional impone enfoques muy diferentes al ejercicio de la soberanía, pero deja incólume la construcción doctrinal. Porque la Constitución es producto de la soberanía (nacional o popular), cuyo titular es ahora concebido como *poder constituyente*. Pero pierde en este proceso la condición de *legibus solutus*: división de poderes, derechos fundamentales, Estado de Derecho, prohibición de la arbitrariedad… Quizá lo principal: el constituyente limita su propia soberanía mediante un procedimiento reglado de reforma de la Constitución, y mientras no se utiliza dicho mecanismo (mutaciones al margen) la jurisdicción constitucional, ya sea con el modelo de Marshall o el de Kelsen, garantiza la separación entre ese poder originario y los poderes derivados que traen causa sin excepción de la Norma Fundamental. Menos soberano, pues, pero todavía «muy» soberano.

Las circunstancias han variado sensiblemente a lo largo del último siglo. Por una parte, se ha multiplicado más o menos por cuatro entre 1919 y nuestros días el número de Estados formalmente en posición de igualdad soberana con sus pares (art. 2.1 de la Carta de Naciones Unidas), si bien las diferencias en territorio, población y poder entre unos y otros son abrumadoras. Por otra, la soberanía monolítica se adapta mal a las situaciones complejas desde el punto de vista de la organización territorial y a veces puede ser un obstáculo insalvable para fórmulas flexibles de integración. Lo peor es que un concepto sólido se adapta difícilmente a la posmodernidad «líquida» (con cita obligada de Z. Bauman). En el mundo de la Gobernanza, de la democracia cosmopolita, del constitucionalismo multinivel y del multilateralismo en las relaciones internacionales no es fácil encajar una pieza tallada a golpe de cincel. Más aún, la política posmoderna se construye *en contra de* la soberanía. El Estado sufre un doble proceso de expropiación de poderes, hacia arriba y hacia abajo. Por citar el caso más típico: hay «leyes» supranacionales (los reglamentos de la Unión Europea) y «leyes» infraestatales (aprobadas por las Comunidades Autónomas). El principio de competencia desplaza al de jerarquía. El «diálogo de tribunales» supera el ámbito (natural) de la jurisdicción interna. Por no hablar de la moneda común o, más ampliamente, de la economía globalizada. Los pensadores de moda llevan tiempo abusando del mismo prefijo: sociedad posburguesa, poscapitalista, posmaterialista, posdemocrática y, ya en nuestro ámbito, poswestfaliana (R. Cooper). Crisis de la soberanía, en definitiva: un tópico que casi nadie se atreve a rebatir, porque si soberano (decía gráficamente el sociólogo Pierre Bourdieu) es «aquel que dice la última palabra», no existe por definición tal instancia suprema en la sociedad deconstruida a base de fragmentos. En esa «soberanía postsoberana» prevalecen el Derecho dúctil, los códigos de buenas prácticas y el *soft law*, mientras que las normas concebidas al modo clásico (es decir, supuesto de hecho y consecuencia jurídica) ceden su lugar a las leyes «promocionales» que fijan pautas de actuación y proponen objetivos y programas.

En todo ello hay, cómo no, un punto de verdad. Pero conviene no hacer profecías sobre el futuro del Estado soberano en el cual se concentra todavía el *locus* de la decisión que no admite «superior en lo temporal». Es evidente (cito una in-

tervención académica de Marcelino Oreja) que nadie puede pretender ser soberano frente a los «gigantes» digitales. Por la misma razón, una gran mayoría de los Estados, de hecho todos los medianos y pequeños, apenas dispone de autonomía y de autarquía en un mundo regido (como siempre a lo largo de la Historia) por grandes potencias cercanas a la condición de Imperios. Pero también es cierto que no hay, ni habrá a medio plazo, un gobierno mundial y que el éxito de la Unión Europea no impide que los Estados dispongan de la última palabra (véase el Brexit). Por no insistir en que regiones geopolíticas como Asia-Pacífico, África o Iberoamérica marchan claramente rezagadas en cuanto al proceso de institucionalización.

Una última cuestión. En tiempos proclives al populismo identitario y a localismos de corto alcance, Max Weber podría reiterar su vieja doctrina: toda ideología nacionalista conlleva una pretensión de estatalidad, acaso diferida en el tiempo si el contexto no resulta propicio. Ejemplo cercano: los partidarios más radicales de la independencia en Cataluña se califican a sí mismos de «soberanistas». Hasta hace poco, en los ambientes nacionalistas la soberanía era un concepto rancio y anacrónico. Habrá que pensar por consiguiente que la sedicente «crisis» se refiere a la soberanía ajena, y nunca a la propia.

[Sobre el reforzamiento de la soberanía de los Estados por causa de la pandemia, véanse las voces correspondientes].

BIBLIOGRAFÍA

Abellán, J.: *Estado y soberanía* (Conceptos políticos fundamentales). Madrid: Alianza, 2014.

Havercroft, J.: *Captives of Sovereignity*. New York: Cambridge University Press, 2011.

Heller, H.: *La soberanía* (1927). México: UNAM, 1965.

Herrero de Miñón, M.: «A vueltas con la soberanía. (Soberanía y Constitución)». En *Anales de la RACMYP*, 84 (2007).

De Jouvenel, B.: *La soberanía*. Madrid: Rialp, 1957.

Kalmo, H.; Skinner, Q. (eds.): *Sovereignity in Fragments. The Past, Present and Future of a Contested Concept*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

Kriele, M.: *Introducción a la Teoría del Estado*. Buenos Aires; Depalma, 1980.

Laski, H. (1917): *La soberanía*. Buenos Aires: Dédalo, 1960.

VV. AA.: «Soberanía y Constitución», monográfico de *Fundamentos*, 1 (1988).

Benigno Pendás

Académico de Número y Vicepresidente de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas

Catedrático de Ciencia Política de la Universidad CEU-San Pablo.

Ex Director del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales

VER TAMBIÉN: CONSTITUCIÓN / DEMOCRACIA / ESTADO / ESTADO CONSTITUCIONAL / ESTADO DEMOCRÁTICO / GLOBALIZACIÓN / LEYES / NACIONES UNIDAS / **PANDEMIA: PERSPECTIVA JURÍDICA** / **PANDEMIA: PERSPECTIVA POLÍTICA** / PUEBLO / TRATADOS INTERNACIONALES

SOBERANÍA NACIONAL Y POPULAR

La doctrina de la soberanía nacional hace soberana a la Nación, mientras que la de la soberanía popular considera soberano al Pueblo. Aunque distan de estar claras las diferencias entre Nación y Pueblo, estas doctrinas han dado lugar a dos modelos claramente antagónicos, el primero propio del primer constitucionalismo y el segundo de su posterior democratización. Revisaremos en primer lugar los perfiles de la distinción doctrinal entre soberanía nacional y popular, haremos referencia a su presencia en la Historia constitucional española y concluiremos con un apunte sobre el tratamiento de esta cuestión en la vigente Constitución de 1978.

Debemos a Raymond Carré de Malberg (1861-1935) y a su *Contribution à la théorie générale de l'Etat* (1920) la sistematización doctrinal de la distinción entre soberanía nacional y popular. La primera supondría atribuir la soberanía a la Nación, entendida como una realidad distinta del conjunto de los que la habitan en un determinado momento histórico, mientras que la segunda haría sujeto de la soberanía no a la Nación como ente abstracto, sino a la masa de personas que forma su población. Según la contraposición entre ambas doctrinas, que con el tiempo se haría canónica, la Nación como sujeto de la soberanía solo podría manifestarse gracias al concurso de sus representantes, elegidos por un número restringido de *cives optimo iure*, únicos que podrían ejercer el sufragio, que adopta pues un carácter censitario. Por el contrario, a la doctrina de la soberanía popular le acompañaría el ejercicio del sufragio entendido, no ya como un mero expediente técnico para poder conocer la voluntad nacional, sino como un derecho de todos los ciudadanos, de carácter universal (aunque inicialmente solo masculino).

La sencillez dicotómica de esta contraposición, y su evidente correspondencia con fases bien diferenciadas de la Historia del movimiento constitucional, han sido sin duda las claves para su generalización, un tanto acrítica, en los estudios de Teoría del Estado y Derecho Constitucional. Su utilidad para describir dos modelos históricos contrapuestos es evidente, e ilustra de manera clara cómo, una vez que la crisis del Antiguo Régimen desposeyó al monarca absoluto de los atributos del soberano, la nueva teoría política constitucionalista, que siguió acudiendo a la idea de soberanía para legitimar el ejercicio del poder, se vio obligada a construir nuevos sujetos políticos en los que residenciarla.

Además, cada uno de estos dos modelos encajaría a la perfección en dos momentos distintos de la evolución de los Estados constitucionales: la soberanía nacional con el constitucionalismo liberal predemocrático (la burguesía, representándose a sí misma mediante el artificio de la Nación) y la soberanía popular con su plena democratización una vez que, gracias a la universalización del derecho de sufragio, las grandes masas de la población se incorporaron a la política constitucional. Visto de otro modo, se trataría también de la sustitución de la soberanía de la razón por la soberanía de la voluntad. La distinción entre soberanía nacional y popular incidiría, pues, en última instancia, sobre el carácter democrático o no de un régimen constitucional. La doctrina de la soberanía popular se referiría, entonces, al Pueblo como sujeto titular de la soberanía, y no solo

como factor social y político que opera siempre junto, o detrás, de cualquier poder soberano (la falsa tesis de la «protodemocracia esencial de toda comunidad política», que Nicolás Ramiro Rico ligaba a lo que denominó «un concepto amorfo de soberanía»).

La distinción doctrinal entre soberanía nacional y popular es sin duda útil para comprender la evolución histórica del constitucionalismo. Cuestión distinta es que tenga el mismo potencial hermenéutico para guiar la exégesis de los preceptos que proclaman el titular de la soberanía en las Constituciones que rigieron en esos períodos. La conclusión que puede apuntarse iría más bien en sentido contrario, pues en los textos constitucionales de las diferentes épocas pueden encontrarse ejemplos de atribución de la soberanía a la Nación o al Pueblo (o indistintamente a uno u otro sujeto, tomados a veces como sinónimos) sin que esa decisión lleve necesariamente aparejados el resto de los elementos que serían propios de cada modelo.

El constitucionalismo histórico español es un buen ejemplo de ello: la habitual distinción en nuestra historia entre Constituciones conservadoras (1834, 1845 y 1876) y progresistas (1812, 1837, 1869 y 1931) no se corresponde con la proclamación del dogma de la soberanía nacional por las primeras y el de la soberanía popular por las segundas. Tomando ahora solo como ejemplo dos de los textos constitucionales más señeros, puede observarse que la proclamación de la soberanía nacional en la Constitución de Cádiz (art. 3) no impidió constitucionalizar un régimen de sufragio universal (aunque indirecto) para las elecciones a Cortes; o cómo la Constitución de 1876, que abrazó la tesis de la soberanía compartida entre el Rey y las Cortes (fiel reflejo del doctrinarismo canovista y su tesis de la Constitución interna), pudo convivir durante buena parte de su vigencia con el sufragio universal masculino (a partir de la ley electoral de 1890, e incluso antes, aunque solo por esa vez, para el referéndum de su propia aprobación).

En definitiva, la contraposición soberanía nacional *versus* soberanía popular parece rendir mejores frutos para explicar, a grandes rasgos, la evolución histórica del constitucionalismo que a la hora de interpretar las normas constitucionales que, en cada momento concreto de esa evolución, lidian con la controvertida cuestión del titular de la soberanía.

La actual Constitución de 1978 resuelve la tensión conceptual entre soberanía nacional y soberanía popular con una opción ecléctica que en su momento pudo ser tildada de confusa (si se toma como contrapunto los dos modelos doctrinales que se acaban de reseñar), pues se refiere en la misma disposición constitucional a la «soberanía nacional» para inmediatamente residenciarla en «el pueblo español», del que, se añade, «emanan todos los poderes del Estado» (art. 1.2 CE). Todo ello, además, después de que el Preámbulo de la propia Constitución haya invocado el ejercicio del poder constituyente de «La Nación española (...) en uso de su soberanía». De lo que no cabe duda es de que, si nos atenemos a los dos modelos que estamos reseñando, el consagrado por la CE es el de soberanía popular. No solo una lectura atenta del propio art. 1.2 CE apunta a esta tesis, sino que abundan los preceptos constitucionales que la confirman, desde la consideración del sufragio como un derecho fundamental de todos los ciudadanos (art. 23 CE) hasta la intervención del pueblo en los procedimientos de reforma constitucional, que no se encuentran sometidos a cláusulas de intangibilidad (título X CE).

No cabría, pues, encontrar en la vigente Constitución vestigios de una inmutable

Constitución interna ligada a la indisoluble unidad de la Nación española, si bien esta tesis obligaría a interpretar el reflexivo «se» del art. 2 CE en un sentido solo histórico (en el que, efectivamente, la Constitución se fundamenta en la unidad nacional), pues, en un sentido jurídico, la unidad e indivisibilidad de la Nación serían disponibles para el Pueblo cuando actúa como poder constituyente constituido.

El calificativo «nacional» que nuestra Constitución emplea para afectar el ejercicio de la soberanía por el pueblo español no describiría, pues, un sujeto soberano no democrático, sino unitario: es el conjunto del pueblo español el único que tendría un poder de disposición ilimitado (aunque sujeto a las normas constitucionales que regulan la reforma constitucional) sobre la Nación misma.

BIBLIOGRAFÍA

Aragón Reyes, M.: *Constitución y democracia*. Madrid: Tecnos, 1989.

Bacot, G.: *Carré de Malberg et l'origine de la distinction entre souveraineté du peuple et souveraineté nationale*. Paris: Editions du CNRS, 1985.

Díez del Corral, L.: *El liberalismo doctrinario*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1945.

Ramiro Rico, N.: «La soberanía», en *Revista de Estudios Políticos*, 66 (1952); también en *El animal ladino y otros estudios políticos*. Madrid: Alianza, 1980.

Torres del Moral, A.: *La apuesta constitucional de Cádiz*. Cádiz: Universidad de Cádiz, 2012.

Varela-Suanzes Carpegna, J.: *Política y Constitución en España (1808-1978)*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

Ángel Rodríguez
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Málaga

VER TAMBIÉN: CONSTITUCIÓN / CONSTITUCIONALISMO HISTÓRICO ESPAÑOL / DEMOCRACIA / DERECHO CONSTITUCIONAL / ESTADO CONSTITUCIONAL / LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA / NACIÓN ESPAÑOLA / PODER CONSTITUYENTE / REFORMA CONSTITUCIONAL / SOBERANÍA

SOCIALISMO

Socialismo se denomina al conjunto de doctrinas, teorías y organizaciones políticas y sindicales que pretenden organizar la sociedad y la economía dando primacía a la igualdad o a la equidad sobre la libertad propia del capitalismo.

A lo largo de su historia, los socialistas han discutido con intensidad sobre tres dilemas. Primero, el modelo económico, basado en la supresión del capitalismo o en la reforma del mismo, lo que suponía aceptar la economía de mercado y el Estado liberal. Segundo, el instrumento para llegar al socialismo, mediante una revolución social o con los procedimientos de la democracia representativa. Y tercero, si el socialismo debe tener una proyección internacional o se desarrolla en el marco del Estado nacional.

Los antecedentes inmediatos del socialismo aparecen durante la Revolución francesa de 1789, con François-Noël Babeuf (1760-1797), quien expresa la primera oposición radical al tipo de propiedad privada o burguesa creada por la Revolución, y que sería consagrada en el Código Civil napoleónico.

Dentro de los llamados «socialistas utópicos», el francés Henri de Saint-Simon (1760-1825) y el británico Robert Owen (1771-1859) serán los que formularán la palabra «socialismo». Saint-Simon era partidario de actuaciones del Estado y de una economía basada en el trabajo industrial productivo y en la técnica científica como bases de la justicia social, pero fue Owen el que proyectaría para el socialismo sus líneas maestras: la clase obrera se organizaría con sindicatos y cooperativas, y apoyándose en sus representantes parlamentarios estas organizaciones comunitarias lograrían aprobar leyes que pusiesen fin a las injusticias del capitalismo.

Con la Revolución de 1830, las ideas socialistas se extienden en Francia y en otros países europeos. Francia se había convertido en el crisol europeo de las ideologías políticas, ejerciendo un gran atractivo para los exiliados de otros países. En 1828, Filippo Buonarroti (1761-1837) publicó en Francia un panfleto, *Conspiration pour l´Egalité, dite de Babeuf*, que se puede considerar la primera sistematización de la doctrina comunista, aunque el término no aparezca en sus páginas.

Etienne Cabet (1788-1856), en su libro *Viaje a Icaria* (1842), con gran éxito e influencia, muestra cómo sería una sociedad comunista ideal, sin propiedad privada, regida por el igualitarismo y la fraternidad universal. Cabet repudiaba la violencia, era contrario a la revolución, respetaba las creencias cristianas, y tenía una perspectiva internacionalista de la nueva sociedad.

Wilhelm Weitling (1808-1871), prusiano, de profesión sastre, tuvo que exiliarse en Francia después de su activa participación en los acontecimientos revolucionarios de 1830 en Leipzig. En Francia fundó la *Liga de los Justos*, una sociedad secreta que se extendió por diversos países europeos. Weitling ejerció un gran liderazgo por sus escritos en Europa, aunque finalmente emigró a Estados Unidos. Reconoció su deuda intelectual con Charles Fourier (1772-1837), un socialista utópico francés,

fundador de los *falansterios*; con Robert de Lammenais (1782-1854), un cura católico francés, que evolucionó desde el ultramontanismo al igualitarismo radical; y finalmente con Louis Auguste Blanqui (1805-1881), un revolucionario profesional, algo parecido al comunista leninista.

Weitling tiene además importancia por su relación con Karl Marx (1818-1883) y Friedrich Engels (1820-1895). La *Liga de los Justos* pasó a llamarse *Liga de los Comunistas*, y como tal encargó a Marx y Engels la redacción del *Manifiesto del Partido Comunista*, publicado en alemán en Londres, poco antes de que estallara la Revolución de 1848 en Francia. Engels, en el prólogo del *Manifiesto* de 1890, aclaró que: «cuando este Manifiesto vio la luz, no pudimos bautizarlo de Manifiesto socialista. En 1847, el *socialismo* designaba un movimiento burgués, el *comunismo* un movimiento obrero.»

El socialismo se desarrolla en Europa a partir de la Revolución de 1848, en Gran Bretaña con sindicatos reformistas, y en el continente con polémicas entre tendencias revolucionarias.

Louis Blanc (1811-1882), miembro del gobierno provisional francés de 1848, un precursor de la socialdemocracia, fue un símbolo de la frustración que supuso la Revolución de 1848 en Francia y en Europa para los reformistas.

Marx tuvo que refugiarse en Gran Bretaña en 1849, y se dedicó fundamentalmente a estudiar el capitalismo. En 1867 publicó *El Capital. Crítica de la Economía política*, cuyas ideas llegaron a ser muy influyentes en el socialismo. Marx pretendió que sus análisis eran científicos, y sostuvo que el capitalismo obedecía a unas leyes que terminarían destruyéndolo, mediante una revolución proletaria, del mismo modo que la economía burguesa extinguió el modo de explotación feudal.

Pierre-Joseph Proudhon (1808-1865), un activista y teórico anarquista, publicó una obra titulada *Sistema de las contradicciones económicas o Filosofía de la Miseria*, que Marx atacó en su libro *Miseria de la filosofía*, demostrando que Proudhon desconocía a los grandes economistas de su tiempo. El estilo mordaz de Marx fue decisivo para la divulgación de sus ideas, y George Steiner le compara en este sentido con Lutero.

Después del fracaso de la Comuna de París (1871), Marx intentó revisar a fondo sus teorías sobre el capitalismo, según escribe Gareth Stedman Jones, en su reciente biografía. Muerto Marx, fue Engels quien publicó los dos tomos siguientes de *El Capital*, pronosticando el final revolucionario del capitalismo, que no estaba en los borradores de Marx, y tampoco era su pensamiento último.

Engels y Karl Kautsky (1854-1938), el teórico marxista del Partido Socialdemócrata Alemán, mantuvieron la teoría de que el capitalismo se autodestruiría y de sus ruinas surgiría automáticamente el socialismo. Esta doctrina se impondría en la estrategia de la mayoría de los partidos socialistas hasta después de la Segunda Guerra Mundial, cuando Marx fue sustituido por teorías keynesianas.

Sin embargo, Vladimir Ilich Ulyanov, Lenin (1870-1924), y los partidos comunistas, buscaron con la revolución acelerar el fin del capitalismo. Las contradicciones económicas que lo destruirían, Lenin las describió en su libro

de 1916 *El imperialismo, fase superior del capitalismo*, que fue la doctrina oficial de los Estados comunistas para vencer a sus rivales ideológicos. Es significativo que la Unión Soviética cayó en 1989, cuando ya no había países colonizados en el mundo, salvo los dominados por el Ejército soviético.

El dilema socialista entre la revolución y la democracia liberal tardó tiempo en plantearse. Proudhon, Mijaíl Bakunin (1814-1876) o Piotr Kropotkin (1842-1924), eminentes pensadores anarquistas, rechazaban el marxismo por su autoritarismo y su tendencia a la extrema centralización del poder estatal; en su lugar, la sociedad socialista se organizaría de acuerdo con «el principio federativo», para impedir monopolios económicos y fomentar el pluralismo cultural e ideológico.

Los anarquistas tenían una visión de la libertad superior a la de los marxistas, pero su común rechazo del Estado liberal impidió que esas dos corrientes socialistas tuviesen una teoría estatal rigurosa. Engels llegó a afirmar en 1890 que «el sufragio lleva al socialismo» y Kautsky pensaba que la revolución socialista sería el último paso de la evolución del capitalismo.

Eduard Bernstein (1850-1932), albacea intelectual de Engels, fue quien modificó radicalmente las conclusiones del marxismo, aceptando la democracia representativa por su valor en sí, y no como fase previa a la revolución. Su contacto con el laborismo inglés, y la «sociedad fabiana» de Sidney (1851-1947) y Beatriz Webb (1858-1943), le sirvieron para iniciar la revisión de las ideas y estrategia de las organizaciones socialistas, y a partir de entonces su ideología se conocería como «socialdemocracia» o socialismo liberal. El Congreso de Bad Godesberg (15 de noviembre de 1959), del Partido Socialdemócrata Alemán, es la expresión de los cambios habidos en el socialismo democrático después de 1945.

Las distintas corrientes socialistas fueron internacionalistas y cosmopolitas. Pero no fueron en la práctica más allá del Estado nación, y siguieron cautivas de la idea de la revolución, y su envés no fue otro que la nación soberana. Las distintas Internacionales de los Trabajadores, socialistas y anarquistas, aunque fueron ámbito de debates y de denuncia contra la explotación de los seres humanos, no alteraron la política mundial. Jean Jaurès (1859-1914), el destacado intelectual socialista francés, asesinado por su oposición a la guerra, es un resumen de la endeblez del internacionalismo del movimiento obrero. La Internacional comunista (1919-1943) actuó como un instrumento exterior de la Unión Soviética, y las revoluciones comunistas posteriores, China, Yugoslavia, Vietnam, Cuba, etcétera, tuvieron mucho de revoluciones nacionales o anticoloniales.

En el impulso del multilateralismo y cosmopolitismo con el que se superó la Segunda Guerra Mundial, cuyos logros fueron la ONU y la Unión Europea, el internacionalismo socialista influyó menos que la ideología de los presidentes demócratas, Roosevelt y Truman, o el pensamiento europeísta de los democristianos, con la destacada excepción del socialista belga Paul-Henri Spaak (1899-1972).

El internacionalismo será en el siglo XXI la única razón de ser del socialismo como ideología que aspira a superar las injusticias y los males causados por el capitalismo en la globalización actual.

BIBLIOGRAFÍA

Además de los clásicos que se citan, véanse:

Avineri, S.: *Karl Marx. Philosophy and Revolution*. New Haven: Yale University Press, 2019.
Bobbio, N.: *¿Qué socialismo?* Barcelona: Plaza y Janés, 1987.
Cole, G. D. H.: *Historia del pensamiento socialista*. México: Fondo de Cultura Económica, 1974. 7 vol.
Desanti, D.: *Los socialistas utópicos*. Barcelona: Anagrama, 1973.
Díaz, E.: «Socialismo democrático. Instituciones políticas y movimientos sociales», en *Revista de Estudios Políticos* 62 (1988).
García Santesmases, A.: *Marxismo y Estado*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986.
Giddens, A.: *La Tercera Vía. La renovación de la socialdemocracia*. Madrid: Taurus, 1999.
Jones, G. S.: *Karl Marx: Ilusión y grandeza*. Madrid: Taurus, 2018.
Lichtheim, G.: *Breve historia del socialismo*. Madrid: Alianza, 1975.
Miliband, R.: *Socialism for a sceptical age*. Cambridge: Cambridge University Press, 1984.
Tierno Galván, E.: *Baboeuf y los iguales*. Madrid: Tecnos, 1967.

Juan José Laborda Martín
Ex Presidente del Senado
Consejero electivo de Estado

VER TAMBIÉN: ANARQUISMO / COMUNISMO / COMUNITARISMO / CONSERVADURISMO / DEMOCRACIA / ESTADO SOCIAL / IDEOLOGÍAS / IZQUIERDA POLÍTICA / LIBERALISMO / REPUBLICANISMO CÍVICO

SOCIEDAD CIVIL (PERSPECTIVA POLÍTICA)

En el marco de las Ciencias morales y políticas, *sociedad civil* es una expresión enraizada en un prolongado y complejo debate. Se trata tanto de un término conceptualmente escurridizo como de una realidad difícil de delimitar empíricamente. Las dificultades para definir sociedad civil con precisión pueden entenderse si la imaginamos situada entre dos grandes colosos; intentando acomodarse en un espacio reducido y amenazado por la propia contundencia de dos de los conceptos más importantes de las Ciencias sociales. Nos estamos refiriendo a cómo la sociedad civil intentaría situarse entre *lo público* y *lo privado*; dos términos que, además, al ser dicotómicos, reducen el espacio disponible para una tercera categoría. Por un lado, lo público, que la Modernidad encarna en el Estado y, por otro lado, lo privado, que se materializa en el mercado y en la intimidad. Y entre estos dos polos aparece el término sociedad civil, pero ¿a qué nos estamos refiriendo? ¿Qué hueco logra hacerse entre lo público y lo privado?

John Locke (1632-1704) fue probablemente el primer pensador político en construir la idea y conceptualizar el término sociedad civil. Siguiendo los pasos modernizadores de Thomas Hobbes (1588-1679), Locke reconocía la necesidad de un Estado que, investido del monopolio de la violencia legítima, ordenaría y pacificaría las tendencias bélicas y autodestructivas de las personas en su estado natural. Sin embargo, discrepaba del radicalismo de Hobbes, para quien la transferencia del poder –usando unos términos que no utilizaría el filósofo inglés– de lo privado a lo público se traduciría en la aparición de un poder absoluto del Estado y en un estricto sometimiento de la ciudadanía a sus dictados. En este sentido, Locke escribe dos ensayos con dos títulos más que significativos: *Contra el Absolutismo* y *En Defensa del poder derivado del consentimiento de los súbditos*. Aquí aparece la sociedad civil como un antídoto para el absolutismo y como una defensa de la capacidad de control de la ciudadanía.

En estos trabajos, Locke argumenta el tránsito desde el mundo pre-moderno a la Modernidad, y lo hace en unos términos que dan lugar a la aparición no solo del Estado sino también de la sociedad civil. Hasta aquel momento, según este pensador, la comprensión del mundo –de la sociedad que lo materializa– nos venía dada por un artificio natural que mostraba una situación estática donde los individuos no disponían de márgenes de libertad para modificarla. El mundo nos venía dado y estaba inmóvil. La llegada de la Modernidad trastocaría este mundo estático, reconociendo la capacidad de los individuos para modelarlo a partir de sus propias experiencias y decisiones. En este nuevo contexto, la noción de sociedad civil servía a Locke para explicar el mundo cuando este ya no se podía explicar a partir del artificio natural. La sociedad civil, en otros términos, explicaba el mundo cuando este ya no podía ser explicado con argumentos naturales.

Pero, ¿qué es y cómo se constituye esta sociedad civil? Respondiendo a estos interrogantes, Locke define la sociedad civil como una asociación de individuos libres e iguales (privados) sometidos a una autoridad legal (pública). De este modo, buscando un hueco entre lo público y lo privado, la sociedad civil apa-

rece como un concepto que permite alcanzar un punto de equilibrio entre la situación de guerra en el estado de la naturaleza y el sometimiento hobbesiano a un poder absoluto. Un equilibrio que, aparte de constituir unos de los principales pilares del pensamiento liberal, nos permite entender la sociedad civil en una doble dimensión. Por un lado, como resultado de un pacto entre individuos privados, emerge como un espacio de libertad e igualdad. Y, por otro lado, a partir del pacto entre los individuos y los gobernantes, se convierte en un espacio de control que permite articular un gobierno vigilado; un ejercicio limitado de la soberanía pública y un gobierno por consentimiento popular. Sin esta conceptualización no existe un Estado constitucional; es decir, un ejercicio no absoluto sino limitado de una autoridad que, en realidad, encuentra su legitimidad en el propio control que ejerce. Un control que –en palabras del propio Locke– puede revocar el poder del Estado e, incluso, interpretarse como un derecho a la rebelión.

Así pues, desde un lejano siglo XVII, el papel de la sociedad civil –este espacio entre lo público y lo privado formado por una asociación de personas libres e iguales– ha sido crucial para mantener el equilibrio entre las tentaciones despóticas del Estado y las tendencias al desorden y al conflicto del estado natural. También, a medida que avanzábamos a través de los siglos XVIII, XIX y XX, la sociedad civil se ha situado entre la Administración Pública y el mercado, entre la autoridad política y la libertad individual, entre la democracia y el capitalismo. Actuando como una rótula, la sociedad civil sigue cumpliendo con la doble tarea de controlar lo público y organizar lo privado. Controlando lo público, vigila y limita el ejercicio del poder estatal, asegurando que no se exceda y contraponiéndole un espacio de poder social. Y organizando lo privado, promueve la capacidad de los individuos particulares para construir comunidades con voces propias y, sobre todo, con capacidad para participar en una vida pública que, muy importante, no solo incumbe a los poderes y a las instituciones públicas.

A partir de estos orígenes y de esta evolución, el término sociedad civil se ha visto sometido a múltiples vicisitudes coyunturales. Si nos fijamos únicamente en los tiempos más recientes, podemos observar cómo durante la segunda mitad del siglo XX vivió tensiones contradictorias. Por un lado, apoyándose en un Estado fuerte e interventor, pero también generador de bienestar y autonomía personal, la sociedad civil ha contado con las oportunidades y las capacidades para fortalecerse. La aparición de organizaciones y movimientos sociales así lo atestigua. Sin embargo, por otro lado, también hemos asistido a un entronamiento del mercado y a una apología del individualismo que ha aislado a las personas. La sociedad civil ha padecido y todavía padece estas presiones que la zarandean en diferentes direcciones. Es necesario subrayar la importancia del resultado final. Si alguno de los grandes colosos logra reducir excesivamente el espacio disponible para la sociedad civil estaremos amenazando el equilibrio –siempre frágil– entre el Estado y las personas, entre la autoridad y la libertad.

Ni la autoridad pública ni la libertad privada pueden ser absolutas. La principal función de la sociedad civil es recordarnos esta obviedad y, sobre todo, articular un espacio colectivo desde el cual limitar tanto los excesos de unos como de otros. Fortalecer la sociedad civil es, por lo tanto, un aspecto crucial para mantener el equilibrio entre aquellos elemen-

tos que conforman la conocida paradoja de la Modernidad; es decir, la constatación de que, para liberarnos de la cadena del feudalismo, esa Modernidad nos atenazó a las nuevas cadenas de la racionalidad.

BIBLIOGRAFÍA

Geller, E.: *Conditions of Liberty. Civil Society and its Rivals*. New York: Lane, 1994.

Giner, S.: *Ensayos Civiles*. Barcelona: Península, 1987.

Hall, J. A.: *Civil Society. Theory, History, Comparison*. Londres: Polity Press, 1995.

Mayntz, R.: «El Estado y la Sociedad Civil en la Gobernanza Moderna», en *Reforma y Democracia, 21* (2001).

Pérez-Díaz, V.: «Sociedad Civil. Un concepto de múltiples niveles», en *Sociopedia.isa,* DOI 10.1177/2056846011121 (2011).

Tester, K.: *Civil Society*. London: Routledge, 1992.

Quim Brugué
Catedrático de Ciencia Política
Universitat de Girona

VER TAMBIÉN: ASOCIACIONES / COMUNITARISMO / CONVIVENCIA / DEMOCRACIA / DEMOCRACIA (TEORÍA NORMATIVA) / GLOBALIZACIÓN / POLÍTICA / SOCIEDAD CIVIL (PERSPECTIVA SOCIOLÓGICA)

SOCIEDAD CIVIL (PERSPECTIVA SOCIOLÓGICA)

El concepto de sociedad civil incorpora cuatro significados que, conectados entre sí, se corresponden con diferentes experiencias históricas. En su sentido más amplio denota un tipo de sociedad que combina mercados, un tejido social (asociativo) plural, una autoridad pública limitada y responsable, y una esfera pública. Son un concepto y un tipo de sociedad que, esbozados en la Antigüedad clásica, cobran cuerpo en la Europa moderna (y, luego, en otras partes del mundo) y pasan por diversos avatares, teóricos e históricos. Junto al concepto amplio, van apareciendo variantes relativas al subconjunto de mercados y asociaciones, solo asociaciones (en general) o solo asociaciones civiles (en particular).

Cabe trazar los orígenes del concepto desde Aristóteles hasta las teorías del Derecho natural ya en los siglos XVI y XVII. En el paso siguiente, una vez más las ideas y las experiencias históricas se entrelazan, y la idea moderna de una sociedad civil en sentido amplio encuentra su formulación más precisa en Holanda y el Reino Unido, *pari passu* con una expansión de los mercados, una profunda transformación demográfica y agraria, y cambios sociales, culturales y tecnológicos de gran alcance; mientras los gobiernos se adentran por una senda de mezcla de imposición y de diálogo con ciertos segmentos de la sociedad, la disidencia religiosa y política van siendo gradualmente permitidas. «Un gobierno libre, un comercio libre y una conciencia libre» parecen venir de la mano, y, con ello, la sociedad civil en sentido amplio pasa de ser un mero concepto o tipo ideal a convertirse en el *horizonte histórico* de una parte significativa de la Europa de la época. Tal es la estructura de plausibilidad de la visión moderna de la sociedad civil. Con precedentes en Grocio, Puffendorf, Vitoria, Suárez, así como en Locke y Montesquieu, encuentra su *locus classicus* en los escritos de los filósofos escoceses de la primera mitad del XVIII (Smith, Hutcheson, Hume, Millar, Lord Kames y, especialmente, Ferguson). Con ellos, la visión de la sociedad civil en sentido amplio se articula como un entramado de prácticas, instituciones y relatos que reúnen, en un todo sistémico, los diversos componentes de una sociedad «comercial y civilizada» en la que Estado y asociaciones voluntarias desempeñan un papel crucial.

A lo largo del XIX, el contenido y el uso del concepto experimentan cambios sustanciales. En Hegel, la sociedad civil se subordina al Estado; en Marx, se disuelve en clases sociales antagónicas; en Tocqueville, se reduce a un tejido asociativo plural. De un modo u otro, la atención antes centrada en el concepto de sociedad civil como un conjunto se desplaza hacia sus componentes: mercados y asociaciones, e incluso asociaciones de ciertas características. El punto de inflexión lo marca Hegel, quien hereda la visión amplia de los escoceses en su idea de una «comunidad ética» *(Sittlichkeit)* compuesta por un gobierno limitado y unas instituciones representativas y el imperio de la ley *además de* mercados y de un conjunto de clases sociales. Pero Hegel deja atrás la tradición clásica y la escocesa al ver la sociedad civil como un estadio en un proceso que conduce a un tipo de comunidad ética superior, «el Estado». Pero se trata de un término ambiguo, pues incluye tanto al «Estado estrictamente político» como a una sociedad civil que combina mercados, bajo el control de un gobierno y una bu-

rocracia fuertes, y clases sociales, que son la base de unas corporaciones que el Estado vigila y certifica. Por su parte, Marx rompe la totalidad hegeliana y la fragmenta entre un Estado político, que debe desaparecer, y una sociedad civil compuesta por un mercado con contradicciones fundamentales, y una sociedad de clases en la que dos clases antagonistas se enzarzan en una lucha a muerte que acabará con el triunfo definitivo de una de ellas.

El sesgo estatista de la tradición hegeliana (de derechas o de izquierdas) es extraño a la tradición escocesa, que confía en mercados que crean interdependencias y hábitos de compromisos pacíficos, así como en una miríada de asociaciones que refuerzan el sentimiento de comunidad. Este papel de las asociaciones captura la imaginación de Tocqueville cuando visita Estados Unidos en la década de 1830. Según él, la vida asociativa proporciona numerosos puntos de acceso para que las personas ejerzan su influencia en los mercados y la política y es esencial para un debate público reflexivo, en el que participan iglesias, universidades, escuelas, medios de comunicación, profesiones y todo tipo de asociaciones, en contacto con la política y los mercados, pero a cierta distancia de ellos.

El concepto amplio de los escoceses proporciona un esquema unificado para entender las sociedades occidentales modernas. Supone que sus componentes encajan entre sí, en un sistema que combina Estado liberal, economía de mercado y sociedad plural; y que, si bien cada componente tiene una historia complicada, juntos tienden a funcionar como partes de un proceso articulado, en busca de un equilibrio que, si no puede ser plenamente alcanzado, tampoco es perdido de vista.

La transición de la sociedad tradicional a la Modernidad implicó un ajuste problemático entre los diferentes dominios institucionales, y una serie de grandes desafíos. Muchos reconocieron la capacidad de los mercados para incrementar la prosperidad, pero también se cuestionó su capacidad para integrar la sociedad. La nueva política incentivaba conflictos partidistas o desembocaba en impulsos nacionalistas agresivos, en parte para asegurar la cohesión nacional. La burocracia podía traer consigo cierto orden, pero, en último término, era el instrumento de decisiones políticas que respondían principalmente a una *raison d'état,* lo que abocaba a una continua lucha por el poder, solo amortiguada por acuerdos inestables. A pesar de una mención continua a la cultura moderna, el consenso normativo parecía elusivo. La secularización del mundo privaba al orden social de un aura sagrada, mientras que la combinación de una religión secular civil y el desarrollo de una racionalidad instrumental solo legitimaba parcialmente la autoridad política y el orden social. La creciente división del trabajo, la industrialización, la urbanización y las migraciones masivas, las crisis políticas recurrentes, las guerras, la inquietud cultural, contribuyeron a crear una profunda impresión de desorden. Para muchos, la sociedad parecía gravitar bien hacia una lucha de clases endémica, bien hacia una sociedad atomizada, bien hacia alguna combinación inestable de extremo individualismo y variedades de colectivismo.

En estas condiciones se debilita el simbolismo de la sociedad civil (y cae en desuso el término en las Ciencias sociales) como clave para entender la mezcla de orden y conflicto de las sociedades que se consideran avanzadas. Sin embargo, a partir del último cuarto del siglo XX retorna el concepto como complejo de mercados y asociaciones y, sobre todo, de asociaciones de ciertas características. El concepto se emplea

para explicar los procesos de transición y consolidación democrática de la época. En España, una combinación de crecimiento económico capitalista con movimientos migratorios y nuevas formas de vida rural y urbana, movimientos sociales y debates, parecen esenciales para la emergencia de una España democrática; y en la Europa del Este movimientos sociales y asociaciones son un factor fundamental en la transición del comunismo a la democracia y a una economía de mercado, tras una larga experiencia, y decepción, con la economía planificada. Argumentos similares se aplican a las sociedades latinoamericanas, y, hasta cierto punto, a Rusia y China.

A comienzos del tercer milenio, a escala global, el aumento de la interconexión entre países y economías suscita una sensación de desorden creciente, y apunta, como contraste, a una forma de gobernanza en la que mercados y asociaciones funcionan en tándem, cooperando y compitiendo con actores políticos. Esta visión apunta a un cambio de perspectiva que se aparta de la tradición estato-céntrica de las Ciencias sociales, y contrasta la tradición occidental (y la versión occidental de la Modernidad) con otras civilizaciones (y otras modernidades).

A partir de aquí, ligada a la temática de la sociedad civil *qua* asociaciones, se desarrollan tres agendas de investigación, sobre *capital social*, *tercer sector* y *esfera pública,* que, interconectadas, subrayan la dimensión pública de las asociaciones voluntarias. El capital social incluye el asociacionismo como uno de sus componentes principales; el tercer sector enfatiza lo distintivo de las asociaciones no gubernamentales y no lucrativas frente a mercados y Estados; la esfera pública es el espacio donde las asociaciones desarrollan su capacidad para influir en los asuntos públicos.

La línea de investigación que se centra en las asociaciones en la esfera pública enfatiza su discurso estratégico y normativo, con el que tratan de influir en la política manteniendo las distancias. Se supone que ese discurso se basa en virtudes que sirven de fundamento a una sociedad civil, en primer término, la virtud de la civilidad, la de tratar a los oponentes políticos como miembros de la comunidad y partícipes en la búsqueda de un bien común.

Sin embargo, la mera presencia del marco institucional de una economía de mercado, una democracia liberal y un tejido asociativo plural *no* garantiza que las asociaciones, ni sus miembros, practiquen esas virtudes ni tengan un carácter civil. El mundo asociativo real tiene un lado brillante (civil) y otro oscuro (incivil), y todos los matices entremedias. Incluso en las asociaciones con un discurso civil, el papel de los miembros de base se puede reducir a la mínima expresión, y en cualquier forma de asociación participativa se puede pasar fácilmente de tomar las decisiones de manera comunitaria a que las tome un núcleo de militantes que excluyen a sus rivales y manipulan a su base social. Las asociaciones pueden ser puestas al servicio de políticas sectarias, demagógicas o inciviles. Sociedades como la mafia, con un núcleo familiar cohesionado y una ética de respeto mutuo acotado a un ámbito de familias, son una especie de sociedad incivil. Los fanáticos se pueden adherir a religiones políticas variantes de religiones de la crueldad. Los movimientos totalitarios se han nutrido del apoyo de redes de asociaciones que contaban con la intensa participación de grandes masas de población y exhibían una retórica de altruismo y fraternidad de una variedad muy poco civil.

BIBLIOGRAFÍA

Además de las obras clásicas de Aristóteles, Ferguson, Hegel o Tocqueville, véanse:

ALEXANDER, J. C.: *The Civil Sphere*. Nueva York: Oxford University Press, 2006.
HALL, J. R., ed.: *Civil Society: Theory, History, Comparison*. Cambridge: Polity Press, 1995.
POCOCK, J. G. A.: *Barbarism and Religion, Vol. 2: Narratives of Civil Government*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.
SKINNER, Q.: *The Foundations of Modern Political Thought. Vol 2: The Age of Reformation*. Cambridge: Cambridge University Press, 1978.
SMITH, P. D. *The Virtue of Civility in the Practice of Politics*. Lanham: University Press of America, 2002.

Víctor PÉREZ-DÍAZ
Catedrático Emérito de Sociología
Analistas Socio-Políticos, Gabinete de Estudios, Madrid

VER TAMBIÉN: CONVIVENCIA / CULTURA POLÍTICA / DEMOCRACIA / DIGNIDAD / GOBERNANZA / INTEGRACIÓN POLÍTICA / POLÍTICA / PROGRESO / SOCIEDAD CIVIL (PERSPECTIVA POLÍTICA)

SOCIEDAD INTERNACIONAL

El término «sociedad internacional» es uno de los conceptos fundamentales en el estudio de las Relaciones Internacionales. Desde una óptica basada en la Sociología global o Sociología de lo internacional es el principal sujeto de estudio de la disciplina junto con los actores, las estructuras y las dinámicas que componen la realidad internacional (Merle, 1997). Es sin duda la Escuela inglesa de Relaciones Internacionales quien más ha contribuido a la definición y estudio de las instituciones que dan forma a la sociedad internacional.

Según Hedley Bull (2005:65), la sociedad internacional –también llamada sociedad de Estados– es «un grupo de Estados (que), conscientes de sus intereses y valores comunes, forman una sociedad en el sentido de que se consideran unidos por una serie de normas que regulan sus relaciones y que colaboran en el funcionamiento de instituciones comunes». La sociedad internacional se basa, pues, en las relaciones que una serie de unidades diferenciadas (principalmente Estados) articulan mediante mecanismos de gestión de sus relaciones (normas e instituciones primarias y secundarias) y que, por tanto, forman una colectividad social con vocación de supervivencia en el tiempo.

La sociedad internacional se diferencia, pues, de dos conceptualizaciones alternativas de la realidad internacional: el sistema internacional (conjunto de Estados con suficiente contacto entre sí como para tomar en consideración las acciones de otros actores en la toma de decisiones) y la comunidad internacional o global (conjunto de sujetos internacionales que, además de intereses, normas e instituciones, comparten elementos identitarios que configuran un destino compartido) (Buzan, 2014). La Escuela española de Relaciones Internacionales no ha sido ajena al debate sobre los elementos consustanciales de la sociedad internacional, en buena medida partiendo de la obra de Truyol y Serra (2004).

La idiosincrasia de la sociedad internacional se basa, pues, en la existencia de un orden que emana de las relaciones entre Estados y de las instituciones que regulan el comportamiento de los distintos actores internacionales. El sistema de Estados tiene sus orígenes en la paz de Westfalia (1648) y en la configuración de un orden sustentado en los principios de soberanía e integridad territorial de los Estados-nación. El orden internacional deriva asimismo de la creación de un sistema de instituciones internacionales que, tras el fracaso de la Sociedad de Naciones tras la Primera Guerra Mundial, se estructura en torno al sistema de Naciones Unidas surgido de la Segunda.

Ante los cambios actuales, cabe preguntarse si la sociedad internacional se caracteriza hoy por la existencia de un orden internacional desordenado o más bien de un desorden ordenado. Desde el final de la Guerra Fría, protagonizada por la rivalidad sistémica entre las dos superpotencias –Estados Unidos y la Unión Soviética–, el orden internacional ha mutado del unilateralismo imperante tras el 11 de septiembre de 2001 a la multipolaridad de hoy. Potencias emergidas como China o India, re-emergidas como Rusia, inciertas como la Unión Europea o desestabilizadoras como los Estados Unidos de Trump compiten en un desorden internacional en el que el siste-

ma multilateral muestra sus debilidades y deficiencias.

Poco queda ya de ese «fin de la historia», con el que Francis Fukuyama (1992) se congratulaba por la victoria del liberalismo económico y político como fase última del desarrollo de las naciones y del orden internacional. Los consensos de post-Guerra Fría, en los que un mayor desarrollo económico iba de la mano de un crecimiento de las libertades públicas y la democratización de las naciones, se han roto en primer lugar en China, donde un crecimiento sostenido en el tiempo (y que ha permitido salir de la pobreza a millones de ciudadanos) se combina con mayores dosis de vigilancia social y política. También entra en crisis el modelo de las sociedades occidentales, donde aumentan las desigualdades, se erosionan los Estados del Bienestar y ganan espacio los movimientos populistas y de extrema derecha. En el plano internacional, proliferan el proteccionismo, la amenaza de guerras comerciales, las críticas al multilateralismo, la articulación de instituciones paralelas a las del orden de posguerra y la lógica transaccional bilateral protagonizada por «hombres fuertes».

El aumento de las interdependencias a escala planetaria, como muestran la creciente conexión entre sociedades por vía de la tecnología y los intercambios comerciales, financieros y de conocimiento, se combina con una creciente sensación de destino compartido ante la crisis climática. Sin embargo, a pesar de mayores grados de interconexión e interdependencia, los mecanismos de toma de decisiones conjuntas se debilitan con la crisis del multilateralismo, la incapacidad de reformar instituciones internacionales como la Organización Mundial del Comercio o la emergencia de instituciones alternativas como el Nuevo Banco de Desarrollo de los llamados BRICS. En el plano global, la emergencia de un orden internacional desordenado resulta en una creciente fragmentación de la sociedad internacional.

El desorden del sistema contrasta no obstante con la capacidad de resiliencia de ciertas instituciones del orden actual. A pesar de sus deficiencias, instituciones como la Unión Europea han sorteado el temido efecto dominó generado por el Brexit, la crisis existencial que supuso la llegada de refugiados en 2015 o los riesgos de desmembramiento de la zona euro tras la crisis de la deuda griega. Tampoco en el plano internacional se han materializado desafíos sistémicos al orden multilateral, como serían una retirada de los Estados Unidos del sistema de Naciones Unidas o de la OTAN. Esto no significa que el sistema multilateral no haya sufrido crisis remarcables (como la retirada por parte de la Administración Trump de los acuerdos de París o del pacto nuclear con Irán); ni que el malestar democrático expresado a través del crecimiento de fuerzas populistas vaya a desaparecer con la resiliencia de las instituciones actuales. Evoca más bien una creciente sensación de *desorden ordenado* en el plano internacional.

Estos cambios en el orden seguirán afectando a la sociedad internacional durante las próximas décadas. La crisis climática puede convertirse en el desafío más importante al que se haya enfrentado la humanidad. Las revoluciones tecnológicas y digital supondrán una transformación sin parangón de los sistemas productivos y de trabajo de las sociedades industrializadas. La concentración de la riqueza en polos selectos de innovación y crecimiento seguirá amenazando con dejar huérfanas de futuro a amplias capas de la población, a menos que la era digital se acompañe de una reforma de los sistemas de producción, educación o fiscalidad, entre otros.

Tampoco es previsible que haya una vuelta al pasado en las maltrechas relaciones transatlánticas. Cuando Trump abandone la presidencia de Estados Unidos, el mundo se habrá adentrado en una nueva fase de articulación de relaciones entre grandes potencias, en una difusión del poder a escala internacional y en la imprevisibilidad de los desarrollos de la sociedad internacional (Naim, 2019). La Unión Europea es consciente de la necesidad de articular una voz propia y una autonomía estratégica suficiente ante el advenimiento de un nuevo orden bipolar protagonizado por Estados Unidos y China. El continente africano, por su parte, ha dejado de ser sujeto pasivo de las dinámicas internacionales y reclama mayor protagonismo, gracias a sus tasas de crecimiento poblacional, económico y comercial, aunque sin olvidar los mayores niveles de desigualdad y retos medioambientales y urbanísticos que este crecimiento genera.

Una lectura conjunta de estos fenómenos lleva a preguntarnos si la sociedad internacional se enfrenta a la progresiva disolución de los pilares que la han sustentado durante las últimas décadas. El desdibujamiento del orden internacional liberal de posguerra se refleja en el cuestionamiento de normas e instituciones por parte de muchos actores internacionales –incluso aquellos que más contribuyeron a crearlas–, que las consideran hoy caducas o inservibles para la consecución de sus objetivos. El reto de las próximas décadas pasará, por tanto, por la adaptación de estas instituciones a los nuevos factores estructurales de la sociedad internacional.

BIBLIOGRAFÍA

Bull, H: *La sociedad anárquica: Un estudio sobre el orden en la política mundial*. Madrid: Los Libros de la Catarata, 2005.

Buzan, B: *An introduction to the English School of International Relations: The societal approach*. Cambridge: Polity Press, 2014.

Fukuyama, F: *The End of History and the Last Man*. New York: Free Press, 1992.

Merle, M: *Sociología de las Relaciones Internacionales*. Madrid: Alianza, 1997.

Naim, M.: *El fin del poder*. Barcelona: Debate, 2019.

Truyol y Serra, A: *La sociedad internacional*. Madrid: Alianza, 2004.

Pol Morillas
Director del CIDOB (Barcelona Centre for International Affairs)

VER TAMBIÉN: ÁFRICA / ASIA-PACÍFICO / CAMBIO CLIMÁTICO / CHINA / DEMOCRACIA GLOBAL / DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO / DESCOLONIZACIÓN / DIPLOMACIA / ESTADOS UNIDOS / GLOBALIZACIÓN / IBEROAMÉRICA / INTEGRACIÓN EUROPEA / **PANDEMIA: PERSPECTIVA INTERNACIONAL** / PODER / PODER BLANDO / POLÍTICA EXTERIOR DE ESPAÑA / RELACIONES INTERNACIONALES / SUPERPOTENCIAS

SUPERPOTENCIAS

El término *superpotencia* viene siendo utilizado por los internacionalistas desde hace décadas sin que se haya alcanzado una formulación conceptual única. Dos importantes temas han centrado el debate académico sobre los conceptos de superpotencia *(superpower)* y gran potencia *(great power)*. El primer debate se corresponde con la adaptación del concepto histórico de gran potencia a la realidad de una sociedad internacional que durante los dos últimos siglos se ha convertido en una sociedad mundial.

Con anterioridad a la Primera Guerra Mundial, el término *gran potencia* ya se aplicaba solo a aquellos Estados capaces de proyectar su poder político, militar y económico en una sociedad internacional mundial; no obstante, numerosos autores también aplican el término de superpotencia a estos mismos países. Es desde esta perspectiva que William T. R. Fox escribió en 1944 su obra *The Superpowers: The United States, Britain and the Soviet Union – Their Responsibility for Peace*. En ella se definía la superpotencia como «*una gran potencia con una gran movilidad de poder*» considerando que solo alcanzaban esa posición las tres potencias aliadas que por haber vencido en la Segunda Guerra Mundial eran las garantes del orden mundial posbélico.

Un segundo debate se ha suscitado por la identificación entre el concepto de potencia y la polaridad que ejercen los Estados más poderosos en la sociedad internacional. En este contexto, la principal función que se le atribuye a las superpotencias es definir y garantizar la estructura política mundial mediante la centralización del poder y el control decisivo de los procesos de decisión internacional. No obstante, resulta cuestionable que la polaridad en las estructuras económica y cultural del mundo actual pueda quedar restringida a los Estados.

Ambas concepciones resultan excesivamente genéricas y, por tanto, poco adecuadas históricamente a la nueva estructura de poder militar instaurada desde 1945. En efecto, si consideramos la realidad del arma nuclear, debemos formular una definición más rigurosa del término superpotencia, entendida como aquel Estado con capacidad y voluntad de ejercer una hegemonía decisiva en la sociedad mundial, mediante la disponibilidad de una capacidad nuclear estratégica susceptible de provocar una guerra de destrucción total de la Humanidad. La capacidad de disuasión total a lo largo del tiempo debe mantenerse o incrementarse gracias a la disponibilidad de unas bases económica y tecnológica autónomas.

En esta definición se pueden apreciar algunas características compartidas con las grandes potencias mundiales, lo que explica la confusa identificación de ambas realidades. Así, las dos categorías de potencias comparten el objetivo de ocupar un lugar dominante en la jerarquía del sistema internacional gracias a una capacidad y una voluntad de intervención política, militar y económica en los asuntos mundiales. Además, tanto las superpotencias como las grandes potencias, aunque pueden desencadenar o participar en los conflictos bélicos con altas probabilidades de éxito, su protagonismo internacional está basado habitualmente más en la persuasión y la cooperación que en el uso de la fuerza, más en la disuasión que en la acción militar.

Pero junto a estas analogías, también existen indiscutibles diferencias. Ante

todo, las superpotencias disponen de una capacidad nuclear estratégica, que no poseen el resto de países, incluidas las demás potencias nucleares.

De esta capacidad real de destrucción mutua asegurada, avalada por el armamento nuclear de Estados Unidos y la Federación de Rusia, se deriva también su capacidad disuasoria total frente a un potencial enemigo o, incluso, el resto de la comunidad internacional. Frente a quienes al desaparecer la URSS negaron o subestimaron la naturaleza de superpotencia de la Federación de Rusia, ignorando así su arsenal estratégico, se han impuesto sus intervenciones militares realizadas en Georgia, Ucrania y Siria, así como la anexión de Crimea, demostrando su efectiva disuasión frente a Estados Unidos y la comunidad internacional.

La naturaleza particular de esta nueva forma de poder mundial ejercido por ambas superpotencias provoca paradójicas consecuencias en las relaciones internacionales.

En primer término y a pesar del ascenso económico, tecnológico y militar de potencias como China o la India, carecen del arsenal nuclear que les permita competir, con una cierta garantía de éxito, con Estados Unidos y Rusia en la carrera armamentista. En segundo lugar, debido a los efectos que se derivarían para las propias superpotencias de un conflicto bélico nuclear total, la voluntad política de utilizar su poderío militar nuclear queda limitada a supuestos de auténtica amenaza para su propia integridad, muy excepcionales en la Historia internacional posterior a 1945 (el más significativo fue la crisis de los misiles de Cuba en 1962).

Por ello la rivalidad disuasoria entre las dos superpotencias no se desarrolla, habitualmente, mediante el enfrentamiento bélico directo sino mediante una confrontación indirecta con el concurso de terceros países y en los ámbitos no militares (económicos; político-diplomáticos; ideológicos; tecnológicos; mediáticos; cibernéticos; etc.).

De todo lo anterior se desprende una tercera observación. Aunque las superpotencias aspiran a ejercer una hegemonía mundial exclusiva o única, las características de su potencialidad militar nuclear y la limitación que les impone en la voluntad política de su utilización, provoca una inevitable erosión en sus aspiraciones hegemónicas ante la reacción de las potencias regionales y de los demás países en defensa de sus intereses nacionales, incluso mediante el uso de la fuerza, en la convicción de que no se desencadenará una guerra total.

Para poder alcanzar el status y ejercer la función de superpotencia, tal y como la hemos definido, se requiere el concurso de ciertas características:

1. *Extensión territorial de dimensiones continentales:* Semejante extensión geográfica resulta imprescindible por dos razones. Ante todo, para garantizar un acopio y abastecimiento de recursos que permitan la necesaria autonomía económica y estratégica respecto del resto de los países. También es fundamental desde el punto de vista militar, ya que permite una gran dispersión de los arsenales de misiles ofensivos, impidiendo su destrucción total y simultánea en la hipótesis de un ataque inicial masivo de la superpotencia rival.
2. *Importantes recursos demográficos:* Fundamentales para permitir una necesaria mano de obra y demanda interior que garantice ritmos adecuados de producción, acordes con las exigencias tecnológicas y de costes (pro-

ducción estandarizada) que impone la dinámica de la carrera armamentista nuclear. Además, debe permitir, simultáneamente, unos poderosos ejércitos convencionales que posibiliten su intervención en cualquier conflicto bélico, para garantizar la hegemonía mundial de las superpotencias.

3. *Dominio o control de significativos recursos económicos y tecnológicos:* Estos recursos económicos y tecnológicos deben permitir la autonomía funcional y política de la superpotencia, pero también generar una dependencia tecnológica de terceros países que consolida la hegemonía de las superpotencias sin el recurso a la amenaza o la intervención militar directa.
4. *Una cohesión y estabilidad político-ideológica estatal:* Necesarias para impedir cualquier tipo de fragmentación política, ideológica o social que debilitaría o impediría la capacidad decisional de los gobiernos y la intervención de las superpotencias en su proyección hegemónica exterior. El alcance de este requisito se pudo apreciar durante la crisis final de la URSS.
5. *Acumulación de un potencial militar nuclear, tanto estratégico como táctico, así como convencional* susceptible de permitir a la superpotencia ejercer un efecto disuasorio respecto de cualquier otro Estado del mundo, incluida la otra superpotencia.

Recientemente se ha abierto el debate académico sobre el fin de las tradicionales superpotencias ante la emergencia de nuevas potencias globales como China. Sin perjuicio de que todavía no se ha alcanzado un suficiente consenso científico sobre la naturaleza y alcance de la Globalización, resulta peligroso ignorar la realidad de que el 90% de los arsenales nucleares totales siguen controlados por Estados Unidos y Rusia. Estos datos demuestran, más que cualquier argumento retórico, que estos dos países siguen siendo las únicas superpotencias en los inicios del siglo XXI.

BIBLIOGRAFÍA

BROOKS, S. G.; WEBSTER, D.: «The Rise and Fall of the Great Powers in the Twenty-first Century. China's Rise and the Fate of America's Global Position», *International Security*; 40:3 (2015/16).

FOX, W. T. R.: «The Superpowers then and now», *International Journal*, 35:3 (1980).

HUNTINGTON, S. P.: «La superpotencia solitaria», *Política Exterior*, 71 (1999),

MANSFIELD, E. D.: «Concentration, Polarity and the distribution of Power», *International Studies Quarterly*, 37 (1993).

PÉREZ, L. V.: «El concepto de potencia en las relaciones internacionales», *Revista de Estudios Internacionales*, 127-128 (1999).

Rafael CALDUCH CERVERA
Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales
Universidad Complutense

VER TAMBIÉN: CHINA / DIPLOMACIA / ESTADOS UNIDOS / GLOBALIZACIÓN / **PANDEMIA: PERSPECTIVA INTERNACIONAL** / PODER POLÍTICO / POLÍTICA EXTERIOR DE ESPAÑA / REALISMO POLÍTICO / RELACIONES INTERNACIONALES / SISTEMA SOVIÉTICO / SOCIEDAD INTERNACIONAL

TEORÍA POLÍTICA NORMATIVA

Cualquier aproximación a la Teoría política normativa debe partir de la distinción entre una teoría *descriptiva*, cuyo cometido es identificar los estándares que de manera explícita o implícita sirven para organizar una sociedad, y una teoría *normativa* que persigue elucidar cuáles son los estándares que los miembros de la comunidad política deberían hacer suyos. Nótese que hablamos de normas colectivas, políticamente asumidas, por oposición a las normas morales a las que el individuo es libre de adherirse o no. La Teoría política normativa se ocupa así de la dimensión prescriptiva de la vida social, tal como se expresa en conceptos como los de justicia, igualdad o libertad. Se pone en juego con ello una idea de la «buena sociedad», que está presente tanto en la *República* de Platón como en la *Teoría de la justicia* de John Rawls. Por el contrario, la tradición realista del pensamiento político ha solido mostrar escepticismo hacia las posibilidades de la reflexión normativa, que Maquiavelo expresó con agudeza cuando llamó la atención sobre la distancia insalvable que media entre cómo se vive y cómo se debe vivir.

Tomemos el problema de la justicia, que se ocupa de los criterios que han de guiar la distribución de bienes dentro de una sociedad. La teoría normativa se ocupa de discernir cuáles hayan de ser esos estándares, lo que exige identificar la base sobre la cual puede emitirse el juicio sobre su validez. El conflicto entre distintos principios de justicia es normativo y, por lo tanto, no puede ser resuelto con arreglo a consideraciones empíricas; no obstante, las explicaciones causales serán indispensables para evaluar retrospectivamente la justicia de la distribución de bienes vigente y ponderar la viabilidad práctica de sus alternativas. Nozick, por ejemplo, acepta cualquier distribución de bienes que resulte de la libre transferencia entre individuos, juzgando en cambio ilegítima la adquisición derivada de una injusticia. Otros, como Rawls, apuestan por una distribución igualitaria que admite distintas variantes, mientras que los críticos del igualitarismo subrayarán que no es justo ignorar la proporción en que cada uno de los miembros de la comunidad ha contribuido a la producción de esos beneficios. Y aún hay quien alega que la distribución habrá de hacerse en función de las necesidades de cada uno, concepto a su vez susceptible de problematización: igual que los «bienes» que habrían de ser distribuidos, es preciso definir previamente qué tipo de necesidades tienen que atenderse.

Dentro de la Ciencia política, la división clásica del trabajo ha asignado el estudio de lo que *es* al científico político empírico y la reflexión sobre lo que *debería* ser al filósofo o teórico político. Eso no quiere decir que el primero se maneje sin conceptos de orden normativo, ni que los segundos puedan prescindir de los datos que les suministra la realidad social, pero sí que unos se orientan hacia la descripción o explicación y otros hacia la elaboración conceptual o la elaboración prescriptiva. Se ha sugerido, a su vez, que la distinción entre la *Filosofía* y la *Teoría* políticas residiría en el grado de vinculación con la realidad factual: el filósofo político considera las ideas políticas de manera abstracta, mientras el teórico político tiene presente el mundo en el que esas ideas están llamadas a realizarse. Esta diferencia se ve a menudo desdibujada en la práctica académica, pero su mera enunciación pone de manifiesto la tensión inevitable que caracteriza la relación entre los mandatos normativos y sus condiciones de aplicación.

Se trata de una tensión que atraviesa la Teoría política, pues ni siquiera es unánime la convicción de que la pregunta normativa pueda responderse. Tal como ha señalado Sorin Baiasu, podemos así diferenciar entre los *cognitivistas* para los que sí cabe dar esa respuesta, cosa que hacen desde posiciones tan diversas como el liberalismo de los derechos (Hayek), el perfeccionismo moral comunitarista (Sandel) o la teoría comunicativa (Habermas), y los *anticognitivistas* que justifican su rechazo al normativismo apelando al determinismo de raíz marxista (Cohen), a la exigencia descriptiva del positivismo lógico (Weldon) o al antiprescriptivismo de los pragmatistas (Rorty). Se deja ver aquí también el creciente recelo de la Teoría política hacia sí misma, que culmina en un posmodernismo que incluso pone en cuestión que puedan formularse este tipo de argumentos. De manera que si Leo Strauss dejó dicho que los asuntos políticos incorporan –implícita o explícitamente– la exigencia de ser evaluados a partir de un estándar de justicia o bondad, no faltan hoy las corrientes de pensamiento dispuestas a negar esa premisa. Tiene por eso sentido diferenciar entre el pensamiento clásico, que al decir de Judith Shklar se inclina por la Teoría política contemplativa al margen de las opiniones en boga, y un pensamiento moderno, gradualmente profesionalizado, dispuesto a cuestionar sus propios fundamentos.

Irónicamente, la reflexión acerca de las limitaciones de la teoría normativa obedece en buena medida al impacto que la realidad produce sobre el pensamiento. La Historia ha mostrado de manera reiterada los riesgos que comporta dejarse seducir por las posibilidades que parecen abrir los horizontes prescriptivos. Ahí está el catástrofico resultado de las utopías políticas del siglo xx, una normatividad desencadenada que se cobra un alto precio en las sociedades realmente existentes. Por su parte, Giovanni Sartori enfatizaba que el sueño de una democracia *ideal* puede entorpecer el funcionamiento de la democracia *real*, estimulando la insatisfacción de pensadores y ciudadanos en nombre de una alternativa inaplicable. Hacer política tomando como única base la descripción de lo real, sin embargo, es imposible: los conceptos que manejamos para dar sentido a esa realidad están ya imbuidos de consideraciones normativas. Y sin estas no es posible dilucidar cuánta desigualdad económica es políticamente aceptable, cuándo podemos considerarnos libres o qué significa afirmar que todos los ciudadanos son iguales.

A este respecto, Rawls introduce una distinción que resulta útil para comprender las relaciones entre prescripción y descripción: la que separa teorías *ideales* y teorías *no ideales* de justicia. Una teoría *ideal* de justicia toma a los seres humanos tal como son y a las leyes tal como podrían ser, distinguiendo así entre rasgos inalterables de la condición humana y hechos sociales contingentes, y aspirando a cambiar solamente los segundos. En cambio, será *utópica* la teoría que intente modificar aquellos rasgos inalterables, formulando un mandato normativo de imposible cumplimiento. En cambio, una teoría *no ideal* se plantea cómo podría alcanzarse el objetivo que se persigue, sugiriendo en su versión fuerte que una teoría que deje de lado la realidad sobre la que quiere influir es una mala teoría: una teoría normativamente defectuosa. Es por eso llamativo que a la teoría de la justicia de Rawls se le haya reprochado que el protagonista de su «situación original», de la que emerge un contrato social de carácter igualitario, sea un «sujeto desencarnado» que lo ignora todo acerca de sus circunstancias personales. De ahí que Rawls rebajase, en trabajos posteriores, la vocación universalista de su propuesta.

Aunque la Teoría política se caracteriza por su orientación normativa, no toda

ella se ocupa de discernir los principios que hayan de dar forma a una «buena sociedad». Tal como señalan Dryzek, Honig y Philips, esta muy diversa disciplina se encuentra unida por su compromiso con la teorización, la crítica y el diagnóstico de las normas, prácticas y diseños de la acción política pasada y presente, todo ello desde un punto de vista humanista que discute la hegemonía de los enfoques «científicos». Aunque es normativa en su mayor parte, carece de una metodología dominante y aún dentro del normativismo podemos distinguir entre la *justificación* de las mejores instituciones o conductas políticas y la mera *explicación* de sus efectos. Puede así decirse que la Teoría política normativa es aquella parte de la Teoría política que más cerca se encuentra de la Filosofía política de vocación universalista. Pero ese componente normativo puede adoptar muchas formas: sistemática o diagnóstica, analítica o genealógica, socialista o liberal.

En última instancia, la Teoría política normativa lleva a cabo un empeño indispensable para la Ciencia política. Aunque su ocasional ensimismamiento permita describirla –lo hizo John Gunnell– como una disciplina alienada de la realidad política, la mejor Teoría política permanece atenta a lo que sucede en el mundo y se hace con ello necesaria para comprender el sentido de la acción política. Su contribución a la deliberación pública se ve reforzada en las sociedades liberal-democráticas, pues estas asignan un valor constitucional a la discusión pluralista entre distintas concepciones del bien y se encuentran por definición abiertas a los principios o valores emergentes que sean capaces de justificar normativamente su idoneidad.

BIBLIOGRAFÍA

Baiasu, S.: «Normative Theory», en M. Gibbons (ed.), *The Encyclopedia of Political Thought*. Malden: Wiley-Blackwell, 2015.
Dryzek, J.; Honig, B.; Philips, A.: «Overview of Political Theory», en R. Goodin (ed.), *The Oxford Handbook of Political Science*. Oxford: Oxford University Press, 2009.
Gunnell, J.: *Between philosophy and politics: The alienation of political theory*. Amherst: The University of Massachusets, 1986.
Máiz, R., ed.: *Teorías políticas contemporáneas*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2009.
Pendás, B.: *Teorías políticas para el siglo XXI*. Madrid: Síntesis, 2007.
Rawls, J.: *A theory of justice*. Cambridge: Belknap Press, 1971.
Strauss, L.: *What is political philosophy?*. Chicago: The University of Chicago Press, 1988.
Vallespín, F., ed.: *Historia de la Teoría política*. Madrid: Alianza, 1990, 6 vol.

Manuel Arias Maldonado
Profesor Titular de Ciencia Política
Universidad de Málaga

VER TAMBIÉN: CIENCIA POLÍTICA / DEMOCRACIA / DEMOCRACIA (TEORÍA NORMATIVA) / FILOSOFÍA POLÍTICA / IDEOLOGÍAS / LIBERALISMO / LIBERTAD POLÍTICA / POLÍTICA / REALISMO POLÍTICO / REPUBLICANISMO CÍVICO / TEORÍA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO

TOLERANCIA

El término tolerancia viene del latín *tolerare* que significa sufrir, soportar, permitir algo que no se considera legítimo y que no se aprueba, pero que se autoriza como un mal menor por distintos motivos (generalmente para garantizar la coexistencia pacífica en el ámbito social). El *Oxford English Dictionary* ofrece varias definiciones del término, tres de las cuales son relevantes. Una remite a la autorización concedida por la autoridad para llevar a cabo determinadas acciones o prácticas. Otra hace referencia al consentimiento del gobernante para profesar, con o sin limitaciones, una religión diferente a la establecida o reconocida oficialmente. Y la tercera alude a soportar o sufrir aquello que realmente no se aprueba.

Henry Kamen, en un libro clásico *The Rise of Toleration* (1972), define la tolerancia como «la concesión de libertad a quienes disienten en materia de religión». Esta concepción del término se fue gestando a lo largo de un proceso histórico, cuya primera etapa consistió en dejar de reprimir ideas o prácticas religiosas diferentes a las profesadas por el gobernante o por la mayoría de la población, y que se consideraban erróneas o inmorales. Se entendía pues como una concesión paternalista por parte de quienes creen saber que el otro está en el error y tienen el poder de tolerarlo o no.

A raíz del cisma de la Reforma y desde un punto de vista pragmático, la Razón de Estado recomendaba a la autoridad política practicar la tolerancia; sin embargo, muchos teólogos la condenaron por motivos religiosos y morales. La tolerancia suponía permitir que se violaran las leyes divinas, pero también renunciar al deber cristiano de salvar al hereje y extirpar el error de su corazón. Por ello, desde el inicio de la Inquisición hasta bien entrado el siglo XIX, muchos católicos y algunos protestantes apoyaron el uso de la coacción para atajar el «pecado de herejía», esgrimiendo las palabras del propio Jesucristo: «oblígales a entrar». De ahí que, inicialmente, el concepto de tolerancia estuviera teñido de connotaciones negativas, y considerado una forma de apatía, desinterés o negligencia ante conductas (herejía, idolatría), que debían ser criticadas o prohibidas.

Aun así se dio una diferencia entre países protestantes y católicos. Aunque ambos eran Estados confesionales y exigían a sus súbditos profesar la religión oficial, algunos gobernantes protestantes abrieron un resquicio de libertad al diferenciar entre el ámbito público y el privado, y reconocer la libertad de conciencia en el círculo familiar (que incluía a los miembros de la servidumbre), algo que los católicos rechazaban.

Los partidarios de la tolerancia esgrimieron una batería de argumentos para justificarla. Uno de los más convincentes (Erasmo) era de carácter pragmático o prudencial, y aseguraba que la tolerancia garantizaría la paz social y pondría fin a las guerras de religión que estaban asolado Europa. Otro razonamiento de peso sostenía que era ilegítimo coaccionar las conciencias, habida cuenta de la imposibilidad de la razón humana para acceder a las verdades religiosas. Así la tolerancia terminó convirtiéndose en un deber moral que obligaba a tolerar a quienes tuvieran creencias religiosas diferentes. Y uno de sus principales artífices fue Locke.

Pero el concepto de tolerancia de Locke, al igual que el de Bayle, fue considerado demasiado alicorto por Leibniz, quien desplazó el foco del simple soportar a los demás a la búsqueda del conocimiento del otro, en aras de la reconciliación religiosa de las iglesias cristianas. Impulsó la tolerancia «positiva» y sentó las bases para la aparición de la idea moderna de tolerancia como respeto y reconocimiento de los diferentes. De este modo se fue imponiendo el significado de tolerancia como respeto a las ideas que no compartimos, ideas que se sitúan en una escala de valores diferente de la nuestra pero que, sin embargo, consideramos igualmente valiosas.

Posteriormente autores como Mirabeau, Thomas Paine, Madison, Jefferson, Kant o Goethe criticaron el término tolerancia por parecerles arrogante y conllevar un ataque a la libertad de pensamiento. Tolerar –pensaban– es ofender porque, si se puede tolerar, también se tiene el poder de no tolerar. Thomas Paine afirmaba que «tolerancia no es lo contrario de intolerancia [sino que] ambas cosas son despotismo». Y Goethe sostuvo que «permitir o soportar es ofender». James Madison propuso que, en la Declaración de Derechos del Estado de Virginia (artículo 16), se sustituyese la palabra «tolerancia» (que figuraba en la redacción original de Georges Mason) por «libre ejercicio de la religión de acuerdo con el dictamen de la propia conciencia». La voz «tolerancia», con sus connotaciones paternalistas, no concordaba con las posiciones de Madison ni con las de Jefferson, al concebir ambos la libertad de conciencia como uno de los derechos inalienables de los individuos. Idea que harán suya más tarde otros autores como John Stuart Mill.

La relevancia de los debates y controversias en torno a la tolerancia religiosa en la época de la Modernidad muestra claramente que esta cuestión fue uno de los grandes ejes de discusión de los siglos XVII y XVIII. Y culminó en el reconocimiento del derecho de los individuos a que se respetara su libertad, no solo en el ámbito religioso, sino en otras esferas de su vida privada, para conducir su vida de acuerdo con sus propios criterios.

En el terreno político, el primer reconocimiento oficial de los derechos individuales, el *Habeas Corpus Amendment Act*, fue firmado por Carlos II de Inglaterra en 1679. Locke lo plasmó políticamente y después Jefferson lo recogió en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de 1776. En España, la primera carta de derechos políticos fue la Constitución de Cádiz de 1812, una de las Constituciones más liberales de su época, si bien no reconoce la libertad religiosa.

Hoy el término tolerancia es una palabra fetiche en las sociedades occidentales. Según Richard Rorty, la tolerancia de la diversidad es uno de los valores de la cultura liberal. Aun así siguen existiendo límites a la tolerancia, seamos o no conscientes de ello. Dichos límites dependen de las leyes y costumbres de cada sociedad, es decir, son históricos. Así, desde nuestra perspectiva actual, nos cuesta comprender la intolerancia de algunos autores protestantes, como Locke o Rousseau, con los católicos («papistas») o los ateos por considerarlos personas no fiables que no respetarían las leyes. Pero, actualmente, por muy indiferentes que seamos ante las creencias religiosas ajenas, somos intolerantes con aquellas que conllevan sacrificios humanos (por ejemplo, en la India a la diosa Kali) y, por mucho respeto y reconocimiento que profesemos hacia el otro, no toleramos grupos políticos que hagan apología del crimen o la tortura, ni organizaciones te-

rroristas que perpetren ataques contra la población civil. Y, aunque seamos defensores del multiculturalismo, no permitimos en nuestras sociedades democráticas prácticas culturales como la mutilación genital femenina, el matrimonio infantil, etcétera. Como señala Amy Gutmann, no todos los aspectos de la diversidad cultural son dignos de respeto. Algunas diferencias –racismo y antisemitismo son ejemplos obvios– no deberían ser respetadas, aunque determinadas expresiones de racismo y antisemitismo puedan ser toleradas.

Tzvetan Todorov afirmaba que la tolerancia es una bella cosa con una condición: no aceptar lo intolerable, pues si aceptamos todo estaremos renunciando a los juicios de valor, lo que, al final, conduce al nihilismo. En realidad, solo han variado las condiciones históricas, pero las líneas rojas con las que toda sociedad delimita lo permitido permanecen.

BIBLIOGRAFÍA

Grell, O. P.; Porter, R.: *Toleration in Enlightenment Europe*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

Kamen, H.: *The rise of toleration*. New York: McGraw-Hill, 1972.

Laursen, J. C.; Villaverde, M.ª J., eds.: *Paradoxes of religious toleration in Early Modern political thought*. Lanham: Lexington Books, 2012.

Nederman, C.: *Worlds of difference: European discourses of toleration c.1100-c.1550*. University Park: Penn State University Press, 2000.

Villaverde, M.ª J.; Laursen, J. C., eds.: *Forjadores de la tolerancia*. Madrid: Tecnos, 2011.

Zagorin, P.: *How the idea of religious toleration came to the West*. Princeton: Princeton University Press, 2003.

María José Villaverde Rico
Catedrática de Ciencia Política
Universidad Complutense

VER TAMBIÉN: CONVIVENCIA / DERECHO Y MORAL / DERECHOS HUMANOS / DIGNIDAD / IDEOLOGÍAS / IGUALDAD ANTE LA LEY / IUSNATURALISMO / LIBERTAD POLÍTICA / LIBERTAD RELIGIOSA / MULTICULTURALIDAD

TOTALITARISMO

El concepto de totalitarismo, surgido en la Italia fascista en los años veinte del siglo pasado, deriva de los nociones de «guerra total», usada ya durante la Primera Guerra Mundial, y «Estado total», entendido como aquella forma de organización de los poderes públicos capaz de dar respuesta a las nuevas necesidades de la sociedad de masas. El sistema comunista nacido en Rusia en 1917 llevó asimismo a algunos observadores a definir la naturaleza del nuevo Estado en términos que anticipan el concepto. Entre quienes intuyeron la naturaleza totalitaria del régimen bolchevique destaca el periodista alemán Alfons Paquet, que en 1919 se refirió al «totalismo *(Totalismus)* revolucionario de Lenin».

El primer uso conocido del adjetivo «totalitario» figura en un artículo publicado en Italia en mayo de 1923, en el que el político liberal Giovanni Amendola criticaba el «sistema totalitario» implantado por Mussolini desde su llegada al poder en octubre del año anterior. En agosto de 1924, el periódico *Il Popolo* denunciaba el «arrogante totalitarismo» *(«totalitarismo tracotante»)* practicado por el régimen fascista, transformando así el adjetivo en un nuevo ismo político. El concepto expresaba tan bien la esencia del fascismo, que Mussolini lo hizo suyo en el congreso del partido celebrado en junio de 1925, en el que reivindicó «nuestra feroz voluntad totalitaria» *(la nostra feroce volontà totalitaria)*. Algunos grupos fascistas de los años treinta se sirvieron igualmente de la expresión. Falange Española recogía en su programa su aspiración a crear un Estado que fuera un «instrumento totalitario al servicio de la integridad de la Patria». Esta fórmula pasará literalmente a algunas leyes franquistas de la Guerra Civil y de la inmediata posguerra, como el Fuero del Trabajo, pero caerá en desuso a finales de la Segunda Guerra Mundial. Por el contrario, el nazismo alemán utilizó muy rara vez el concepto y prefirió retomar la noción de «Estado total», que desarrolló, entre otros, Carl Schmitt (*Die Wendung zum totalen Staat,* 1931). Sin embargo, la difusión internacional del concepto de totalitarismo estará muy ligada a la subida del nazismo al poder en enero de 1933.

A partir de 1945, el término pasó a ocupar un espacio central en el vocabulario político occidental en la denuncia del comunismo como único superviviente de los totalitarismos de entreguerras. En esos primeros años de la Guerra Fría, verdadera edad dorada del concepto, vio la luz el libro de Hannah Arendt *Los orígenes del totalitarismo* (1951), llamado a convertirse en un clásico de la literatura sobre el fenómeno, que la autora circunscribía a la Alemania nazi y a la Rusia soviética y que caracterizaba por varios componentes esenciales, como el imperialismo, el antisemitismo, el terror y la propaganda. Poco después se publicaba la obra de Carl Friedrich y Zbigniew Brzezinski *Totalitarian Dictatorship and Autocracy* (1956), que definía los sistemas totalitarios a partir de la existencia de un partido único, de una política de terror, del monopolio armamentístico y de los medios de comunicación y de una economía centralizada. Este modelo ha estado muy presente desde entonces en todas las interpretaciones del fenómeno, aunque su validez ha sido fuertemente cuestionada por considerarlo demasiado rígido y formalista y muy marcado por la lógica bipolar de la Guerra Fría.

El giro hacia la distensión Este/Oeste iniciado tras la Crisis de los Misiles (1962)

llevó a una revisión de la teoría totalitaria elaborada en Occidente en los años anteriores. El concepto empezó a verse como una reliquia de otros tiempos, que habría perdido su utilidad en una nueva etapa histórica caracterizada por la aproximación entre los dos bloques. De ese ostracismo pasó en los años setenta a una progresiva recuperación de su notoriedad y de su carga polémica, sobre todo a raíz del debate suscitado en Francia por la publicación en 1973 del *Archipiélago Gulag,* de Aleksandr Solzhenitsyn, que llevó a una intensificación de la crítica al comunismo soviético por parte de autores como Bernard-Henri Lévy (*La barbarie con rostro humano,* 1977) y Jean-François Revel (*La tentación totalitaria,* 1976).

El fin de la Guerra Fría tras la caída del Muro de Berlín (1989) fue interpretado como un triunfo definitivo sobre el totalitarismo. Los acontecimientos posteriores, en particular el ataque terrorista del 11 de septiembre de 2001, desplazaron el foco de atención del viejo totalitarismo, asociado a la experiencia histórica del siglo XX, al fundamentalismo islámico como nuevo peligro planetario, en el marco de lo que Samuel Huntington anunció en 1993 como un «choque de civilizaciones». A principios del siglo XXI, el concepto recuperó parte de su presencia en el lenguaje político y mediático impulsado por el desarrollo del nacionalismo y del populismo, movimientos que guardan algunas similitudes con la cultura política totalitaria del periodo de entreguerras. Esta tendencia se reforzó con la crisis económica iniciada en 2008, que favoreció la crítica a la globalización y a sus rasgos supuestamente totalitarios.

El totalitarismo del siglo XXI conlleva, como el del periodo de entreguerras, un fuerte rechazo al liberalismo político y económico, aunque respecto a su modelo primigenio presenta algunos elementos originales. El primero consiste en una suerte de consenso negativo que descarta la posibilidad de un totalitarismo «bueno», a diferencia de lo ocurrido con algunos fascismos en los años veinte y treinta, que vieron en el concepto la más cabal expresión de su ideario. En segundo lugar, es un término utilizado a menudo por autores de izquierda –por ejemplo, por Sheldon Wolin en su libro *Managed Democracy and the Specter of Inverted Totalitarianism* (2003)–, rompiendo así la tendencia histórica de la izquierda occidental a repudiar la propia palabra, que en la Guerra Fría identificaba con un discurso netamente anticomunista. En tercer lugar, el totalitarismo del siglo XXI no suele relacionarse con el «Estado total» al que aspiraban los totalitarismos históricos, según la famosa máxima de Mussolini («todo dentro del Estado, nada fuera del Estado, nada contra el Estado»), sino más bien con la ausencia de Estado (Ralf Dahrendorf ya advirtió en 1985, en su libro *Law and Order,* del peligro de un nuevo totalitarismo provocado por la anomia o falta de ley). Una última característica del totalitarismo del siglo XXI sería su relación con las nuevas tecnologías de la información y su capacidad para hacer realidad la distopía totalitaria de George Orwell en su novela *1984.*

La amplitud de sus usos y significados es una de las principales características del concepto en el siglo XXI. «La palabra se aplica a tanta gente y a tantas instituciones», escribió Anne Applebaum en 2013, «que a veces puede carecer de sentido». Junto a esta tendencia a la trivialización, se ha destacado asimismo su «polimorfismo» (Stanley Payne), que contrasta con el sentido específico que tuvo en el siglo XX. Si entonces sirvió para definir a las dictaduras de partido único nacidas tras la Primera Guerra Mundial, casi un siglo después el concepto se ha revestido de los matices más diversos y contradictorios, hasta deri-

var incluso en expresiones como «totalitarismo parlamentario» o «totalitarismo liberal», que tienen mucho de oxímoron. En un registro muy distinto, se ha llegado a criticar el lenguaje políticamente correcto como una subespecie de totalitarismo que aspira, como el fascismo y el comunismo en su día, a un control absoluto sobre la forma de hablar y de pensar. Pero más allá de algunas coincidencias con los totalitarismos históricos, tales como la intransigencia, el fanatismo o el rechazo a la democracia liberal, queda la impresión de que el totalitarismo del siglo XXI, a fuerza de diversificar su naturaleza, ha difuminado su significado hasta convertirse en un término derogatorio siempre adaptable al gusto del consumidor.

BIBLIOGRAFÍA

Arendt, H.: *Los orígenes del totalitarismo*. Madrid: Alianza, 2006.

Fuentes, J. F.: *Totalitarianisms. The Closed Society and its Friends: A History of Crossed Languages*. Santander: Cantabria University Press, 2019.

Gleason, A.: *Totalitarianism. The Inner History of the Cold War*. Oxford: Oxford University Press, 1995.

Traverso, E. ed.: *Le Totalitarisme. Le XXe siècle en débat*. Paris: Seuil, 2001.

Wolin, S. S.: *Managed Democracy and the Specter of Inverted Totalitarianism*. Princeton: Princeton University Press, 2008.

Juan Francisco Fuentes
Catedrático de Historia Contemporánea
Universidad Complutense

VER TAMBIÉN: AUTORITARISMO / CHINA / COMUNISMO / DICTADURA / FASCISMO / GOLPE DE ESTADO / PODER POLÍTICO / RAZÓN DE ESTADO / REVOLUCIÓN / SISTEMA SOVIÉTICO

TRANSICIÓN DEMOCRÁTICA

Designa el período de tiempo y la operación política y jurídica que identifican el paso desde un sistema de convivencia de carácter totalitario, dictatorial o autoritario a otro regido por un ordenamiento fundado en los valores de la libertad, la igualdad y el pluralismo.

Este texto apela a mis reflexiones y experiencias marcadas por un modelo arquetípico de transición, cual fue el que los españoles vivimos recientemente desde finales del siglo XX. Con fervor y entereza afrontamos el cambio y, no mucho tiempo después y adentrados ya en el siglo XXI, oscilamos, desorientados, entre ilusiones y contrariedades.

Al filo del nuevo siglo han aflorado explicaciones maniqueas de nuestros avatares y los españoles nos sentimos turbados por quienes, tal vez ajenos al riesgo, extienden –porque piensan que ha llegado la hora– sombras de insuficiencia, cuando no de frustración, respecto de la que, hasta hace bien poco, fue encomiada epopeya, transición ejemplar y lección de madurez y buen sentido.

Novelas, películas, ensayos y controversias de diversa inspiración y alcance desasosiegan a los españoles cual si, en pos de una necesaria recuperación de la memoria apelada «histórica», los hechos hubieran sido como según los deseos y ensoñaciones de unos u otros hubieran podido o debido ser. La Transición, se ha dicho, operó sobre la memoria silenciosa y domesticada del pasado, fingiendo un olvido que no existía. Pero olvidar no es negar el pasado, si la voluntad presente se templa por la honesta y decantada evaluación de sus enseñanzas.

En la transformación política española del último cuarto del siglo XX la memoria, el olvido, el perdón existieron y fueron discernidos con sabiduría, aunque se vedara su aprovechamiento oportunista y su irrupción errática en el presente. La responsabilidad de los dirigentes y un generalizado buen sentido popular decidieron que el objetivo prioritario era alcanzar la libertad y estabilizar la convivencia democrática, conscientes, naturalmente, de que los más nobles ideales que animan a los hombres –justicia, libertad, igualdad, convivencia– no son a menudo simultáneamente alcanzables y, por tanto, el triunfo de uno puede requerir la preterición, el apartamiento o la subordinación de otro –y hasta su fracaso temporal o aparente–.

Agnes Heller, al ponderar las tensiones que todo «borrón y cuenta nueva» provoca sobre la conciencia moral de los individuos y de los pueblos, afirma que «elegir el diálogo o la justicia a ultranza es un conflicto moral, en primer término», y que «la Historia y el sentido de justicia histórica incluyen no solo el pasado sino el futuro», siendo la Historia un entramado de continuidades y de rupturas. «Romper las escaladas de violencia y la espiral de agravios» puede ser responsabilidad individual y obligación colectiva en determinados momentos históricos –tal como también señaló Isaiah Berlin–, lo que supone una elección «que implica el presente y el pasado con el futuro». Esa elección fue tomada por los españoles hace cincuenta años, con claridad y decisión y con beneficiosos resultados.

La Guerra Civil (la de 1936/1939) dictó enseñanzas que fraguaron en la eficiente voluntad política de llevar a cabo la Transición con el firme propósito de que la

tragedia no se repitiera. Como concluyente fue la decisión de cancelar la explotación posbélica de la victoria y de encontrarnos en confortables senderos de reconciliación y paz.

Juan Marichal recomendó a los españoles que, trasponiendo las fronteras lingüísticas e intelectuales de España, contribuyan a la que denomina *desactivación emocional* en relación con dicha Guerra Civil, porque –dice– «recordar la guerra no es, necesariamente, el mejor modo de enseñar el amor a la libertad, que deben aprender los españoles más jóvenes». Evocaba, al respecto y según la observación de Benedetto Croce, «cuán vanamente fantasiosos son los reproches a los protagonistas del pasado». Ello no supone canonizar el pretérito: queda el juicio de la historia que, como advertía Lord Acton, «no puede ser genuinamente científica y objetiva, a menos de ser esencialmente ética». Raymond Aron asumía un pensamiento común a Nietzsche y a Paul Valéry: «para las comunidades humanas, como para los individuos, el olvido no es menos esencial que la memoria».

En España, existía –y existe– una cultura política dominante con una memoria compartida por una gran mayoría de la sociedad, capaz de compartir también un proyecto integrador de futuro. Entre recuerdos y olvidos que la nutren, pervive vigorosa una memoria generalizada que no trata de propiciar impunidades ni mucho menos favorecer gestos de violencia, sino precisamente contribuir a extirpar las incomprensiones superando y, en su caso, atemperando las discrepancias.

La memoria no se perdió nunca. De lo que afortunadamente se prescindió en la Transición fue de admitir la injerencia oportunista de la memoria en el debate político del presente. Y de lo que, por desgracia, se da ahora testimonio cotidiano, sin apenas otras excepciones que las que dicta un buen criterio no enardecido por la intolerancia o las expectativas electorales, es de que vale la apelación al pasado y la evocación instrumental de la memoria para dirimir, *oportune et importune,* cualquier contienda o ahondar en discrepancias de entidad menor y hasta irrelevante.

Los pueblos capaces de percibir y asumir su pasado como dato y con sosiego, por turbulento que haya sido, pueden llegar a vivir en paz consigo mismos. Pero cuando la memoria –por disenso en los hechos, por discordia en sus peripecias o por discrepancia en las enseñanzas que brinda– es polémica –y cuando lo es hondamente nada importa la lejanía o proximidad en el tiempo– son irreductibles los factores disolventes y el futuro común, la paz social y la estabilidad política dejan de constituir objetivos naturales y asequibles, para erigirse en referencias o pretextos que, por negación, sostienen o renuevan las querellas y el conflicto.

A la vista de las circunstancias que han marcado el siglo XX en España, no parece difícil acotar «pasados» que tuvieron incidencia relevante sobre los sucesivos e inmediatos «presentes». Y ya en el siglo XXI, cuando el pueblo español, digno y sufrido, pareció hallarse en el confiado disfrute de su libertad y de un creciente bienestar, cuando pudo sentir el orgullo de haberse orientado poniendo a contribución cuanto de memoria, recuerdo, olvido y perdón fue necesario para, aceptado el pasado, sentirse protagonista de su futuro, se ve inmerso en una situación impensada y en la que episodios de su pasado, presuntamente diluidos en el tiempo, se le proponen como imágenes fantasmagóricas que despojan de cualquier oportunidad a las que podrían y deberían ser ilusionantes metas de hoy

no subordinadas a nostálgicas reivindicaciones de ayer.

La Restauración, la dictadura de Primo de Rivera, la Segunda República, la Guerra Civil, el franquismo, la Transición, la democracia alcanzada son periodos del pasado que, bajo el dominio ya de los investigadores, se introducen todavía en nuestro presente y con desigual grado de intensidad e influencia. La memoria que importa es la que evoca con vigor un ejemplo a seguir o un riesgo a evitar. Y de todo ello hay en dichos períodos.

Aunque contradigan las propias convicciones y la conciencia nítida de los logros de fin de siglo, todas aquellas fases de nuestro siglo XX, aun las ya más claramente incrustadas en la Historia, tienen rasgos –rasgos del pasado– vivos en el presente o con capacidad de influir en él. Y de modo sorprendente –aunque se antoje innecesario– nuestros problemas de convivencia (más viejos y caducos que nuevos) no son tanto los problemas reales de hoy, cuanto la expresión en este presente de los que marcaron el pasado, próximo o lejano, y son seleccionados y esgrimidos según las preferencias de cada cual. Y la exhibición de esas preferencias, con la sesgada envoltura de un cierto sentido de la Historia o de una presunta misión política e incluso por métodos de tosca propaganda, puede desencadenar movilizaciones populares y replantear descarnadas y crudas reivindicaciones que, por referencia a nuestro pasado, son perversas y frívolas, al menos en contraste con la nobleza y el esfuerzo con los que el pueblo español afirmó su voluntad de convivencia pacífica y libre como prenda de fe en el futuro, traducción de enseñanzas bien aprendidas y administración señorial de recuerdos y agravios, olvidos y perdones.

El paladino reconocimiento de que la experiencia de fines del siglo XX –la genuina Transición– no podía erigirse en rígido encorsetamiento del devenir ha de acompañarse con la severa admonición de que la historia vivida no se ha esfumado y, de la mano de solventes investigadores, ha de ser presentada y representada de modo que se perciba el contrapunto entre lo que solo concierne a la memoria generacional y lo que solo incumbe a la memoria histórica.

Al margen de la tiranía de los buenos acuñadores de frases y de títulos y titulares, las democracias de nuestro entorno demandan, primero, saldar su peligroso déficit de autenticidad democrática, claro está; segundo, activar el dinamismo propio de esa democracia para ofrecer soluciones nuevas a nuevos problemas o a problemas de siempre con acentos y perfiles distintos.

Nuestra realidad democrática, aun rehabilitada por la autenticidad, ha de desarrollar sus propios presupuestos y ha de corresponder con permanente espíritu innovador (no solo renovador) a los requerimientos y perentoriedades que marcan los signos de los tiempos en mutación.

BIBLIOGRAFÍA

Aguilar Fernández, P.: *Memoria y olvido de la Guerra Civil española*. Madrid: Alianza, 1996.

Juliá Díaz, S.: *Transición. Historia de una política española (1937-2017)*. Barcelona: Galaxia Gutemberg, 2018.

ORTEGA Y DÍAZ-AMBRONA, J. A.: *Memorial de Transiciones (1939-1978)*. Barcelona: Galaxia Gutemberg, 2015.

SARTORIUS ÁLVAREZ DE LAS ASTURIAS BOHORQUES, N.: *El final de la dictadura: la conquista de la democracia en España (noviembre de 1975-diciembre de 1978)*. Madrid: Espasa, 2018.

TUSELL GÓMEZ, J.: *La Transición española. La recuperación de las libertades*. Madrid: Temas de Hoy, 1997.

Landelino LAVILLA ALSINA (†)
Académico de Número de las Reales Academias
de Ciencias Morales y Políticas y de Jurisprudencia y Legislación de España
Consejero Permanente de Estado
Ex Presidente del Congreso de los Diputados y ex Ministro

VER TAMBIÉN: CALIDAD DEMOCRÁTICA / CONSTITUCIÓN / CONSTITUCIONALISMO HISTÓRICO ESPAÑOL / CORONA / INTEGRACIÓN POLÍTICA / ESTADO CONSTITUCIONAL / LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA / LIBERALISMO / MONARQUIA / SOCIALISMO

VIOLENCIA DE GÉNERO

Para entender el concepto «violencia de género» hay que acudir a su definición legal y, en paralelo, explicar su fácil intercambio –o incluso confusión– con otros sinónimos o próximos como el de «violencia contra/sobre la/s mujer/es», «violencia doméstica», «malos tratos» o «violencia machista».

El art. 1 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, la define como la que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre estas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia, y comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad. Resalta el empleo del término *género* con el que se pretende añadir un elemento que, más allá del sexo, hace referencia al conjunto de roles que históricamente acompañan a la condición de hombre o mujer, y, en el caso de esta, tienen connotaciones de sumisión a aquel. Lo preconizó la llamada *segunda oleada* del movimiento feminista construida sobre la figura de Simone de Beauvoir y *El Segundo Sexo*: era la cultura y no solo la naturaleza la que hacía que las mujeres se convirtieran en tales.

No obstante esta reducción legal a una concreta forma de violencia contra la mujer –la que se ejerce en la relación de pareja con un varón–, en sentido más amplio, la violencia de género es un concepto sinónimo de «violencia contra o sobre la/s mujer/es», expresión empleada por la ONU para referirse a este problema de envergadura universal y cifras alarmantes que en España se publicitan desde el año 2003. Desde entonces hasta el 1 de marzo de 2020 la cifra de víctimas mortales es de 1.046.

En la declaración de su Asamblea General, de 20 de diciembre de 1993, se refiere a todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño para la mujer, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada (sin especificar que el agresor deba ser –o haber sido– su pareja, como sucede en la legislación española), ejemplificándola a través de un largo listado en el que se incluye la violencia física, sexual y psicológica que se produzca en la familia, incluidos los malos tratos, el abuso sexual de las niñas en el hogar, la violencia relacionada con la dote, la violación por el marido, la mutilación genital femenina y otras prácticas tradicionales nocivas para la mujer, los actos de violencia perpetrados por otros miembros de la familia y la violencia relacionada con la explotación, la perpetrada dentro de la comunidad en general, inclusive la violación, el abuso sexual, el acoso y la intimidación sexuales en el trabajo, en instituciones educacionales y en otros lugares, la trata de mujeres y la prostitución forzada y la violencia perpetrada o tolerada por el Estado. En España, el Pacto de Estado contra la violencia de género de 28 de septiembre de 2017, en línea con esta concepción amplia que también adopta el Convenio de Estambul, auspiciado por el Consejo de Europa y ratificado

en 2014, propugna la extensión de las políticas públicas a todas estas manifestaciones. Prácticamente todas las organizaciones internacionales tienen divisiones encargadas del abordaje de estas políticas.

Es frecuente la confusión del término con el de «violencia doméstica» que, en otros países, se emplea de forma sinónima. En nuestro ordenamiento, sin embargo, este último hace referencia a la que se da en el seno de la familia, sin especificar si el agresor y la víctima son hombres o mujeres o si la relación es de afectividad o de parentesco, ascendente o descendente, pudiendo darse sobre varones, mujeres, hijos menores o familiares mayores como prevé el Código Penal. Otras denominaciones, como «maltrato» o «malos tratos», se refieren a una específica forma de violencia contra la mujer, también tipificada penalmente. Indistintamente a «violencia de género» se emplea cada vez con más frecuencia la expresión «violencia machista», con un carácter divulgativo y periodístico, pero sin referencia normativa alguna.

El fundamento de esta forma de violencia es, también conforme a la ONU, la desigualdad culturalmente arraigada entre hombres y mujeres, razón por la cual las actuaciones para su erradicación buscan no solo evitarla o paliarla sino, sobre todo, contribuir a la igualdad entre ambos. Por la misma razón, el origen de la reflexión intelectual sobre el tema se produce cuando el movimiento feminista toma conciencia de las situaciones de discriminación que padecen las mujeres en su aspecto más extremo por su impacto en los derechos fundamentales esenciales: la vida, la integridad física y moral. El *feminismo radical* de los años sesenta y setenta, rompiendo tabúes, amplió el foco hacia la desigualdad en el ámbito sexual y privado –la violencia, los derechos sexuales, la maternidad, el aborto–, gracias a la contribución intelectual de la *Política Sexual* de Millet y superando la aspiración de anteriores etapas centradas en conquistar el espacio público –con el sufragio, la educación o el trabajo.

La violencia sobre la mujer tiene un sujeto pasivo muy claro, conforme su propio nombre indica: cualquier mujer. Sin diferencia de edad o clase social, incluidas también las niñas, que son especialmente propensas a sufrir algunas de sus manifestaciones más crueles como los infanticidios selectivos, la mutilación genital o los matrimonios precoces. En los últimos tiempos se resalta la especial vulnerabilidad de algunas mujeres –de la tercera edad, del ámbito rural, mujeres con alguna discapacidad, inmigrantes, adolescentes y jóvenes– que presentan, estadísticamente, unos rasgos de prevalencia más altos y unas dificultades añadidas para la asistencia. Desde 2015, los menores descendientes de mujeres víctimas de violencia de género han sido reconocidos en la legislación española también como víctimas, por la gravedad de los efectos que les produce la violencia ejercida sobre sus madres y la frecuente violencia directa que reciben del agresor.

El objeto de esta violencia varía en función de los derechos fundamentales agredidos y de sus diversas manifestaciones, desde las más sutiles, como el insulto, el control, la violencia económica o emocional, a las más graves, como el asesinato o las agresiones sexuales. Estas últimas, en su mayoría, son constitutivas de delito en buena parte de los ordenamientos penales del planeta a pesar de que se mantienen sangrantes vacíos en demasiados de ellos y, especialmente, en ámbitos como los crímenes de honor o la violación en el seno del matrimonio. El abordaje normativo de la prostitución

presenta un desacuerdo generalizado con un abanico de posiciones que se extiende desde la legalización a la prohibición y al abolicionismo. Destaca la incorporación, en las últimas reformas del Código Penal español, de nuevas formas de violencia, como el ciberacoso y las que se ejercen a través de las nuevas tecnologías, especialmente graves entre la población joven.

Formalmente, en España, convertida en un referente internacional por el compromiso público y social en este ámbito, existe un entramado normativo e institucional con competencias preventivas, asistenciales, protectoras y coordinadoras que abarca a organismos del Poder Legislativo, Ejecutivo y de los diferentes niveles de la Administración territorial, a su vez divididos materialmente (sanidad, educación, seguridad, asistencia social…), así como a la Fiscalía y al Poder Judicial, amén de a innumerables agentes de la sociedad civil. La pluralidad de agentes implicados y la coordinación entre ellos invocan directamente el principio de *transversalidad* que subyace a todas estas políticas públicas.

Las abrumadoras cifras de violencia y la desigualdad entre hombres y mujeres se relacionan directamente. Como dice Valcárcel, la agenda feminista está abierta por diferentes páginas en los distintos países del mundo. En los desarrollados, una vez lograda la igualdad formal, queda la igualdad real, la mejora de los mecanismos existentes, el afrontamiento de retos nuevos (como la gestación subrogada) y la solución a problemas constantes. Entre ellos, la cosificación de la imagen femenina o el silencio que rodea a la mujer violentada y que conduce a una peligrosa detección frecuentemente tardía, por miedo, vergüenza y normalización: la población sigue considerando «normales» el desprecio, el control y la humillación a la novia, esposa o compañera sentimental, responsabiliza a las mujeres de la violencia sexual cuando han bebido, coqueteado o se visten provocativamente, acepta el turismo sexual como una forma más de ocio y, en muchos rincones del mundo, entiende que el daño a las mujeres se les inflige para conseguir su decencia (véase la mutilación genital femenina o los matrimonios tras una agresión sexual).

BIBLIOGRAFÍA

Delegación del Gobierno para la Violencia de Género: *Macroencuesta de violencia sobre la mujer*. Madrid: Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, 2015.
Millet, K.: *Política sexual*. Madrid: Cátedra, 1995.
Nussbaum, M.: *Las mujeres y el desarrollo humano*. Barcelona: Herder, 2002.
Valcárcel, A.: *Feminismo en el mundo global*. Madrid: Cátedra, 2008.
Varela, N.: *Feminismo para principiantes*. Barcelona: Ediciones B, 2013.

Blanca Hernández Oliver
Letrada de las Cortes Generales
Ex Delegada del Gobierno para la Violencia de Género

VER TAMBIÉN: CONVIVENCIA / DERECHO DE FAMILIA / DERECHOS FUNDAMENTALES / DIGNIDAD / FEMINISMO / IGUALDAD ANTE LA LEY / PRINCIPIOS Y VALORES CONSTITUCIONALES

VOTO ELECTRÓNICO

En sentido amplio, sería el proceso electoral en el que intervienen las nuevas tecnologías digitales en alguna de sus fases, desde el registro de votantes hasta la publicación de los resultados. Sin embargo, esta definición de voto electrónico abarca tantas tecnologías, en constante evolución, y tantos tipos de elecciones que dificulta su teorización y su regulación. Por esta razón, han sido numerosos los intentos de establecer una definición más restringida y práctica, siendo el Consejo de Europa quien ha marcado las pautas en la comunidad internacional, sobre todo en su recomendación de 2004 sobre el voto electrónico y en la actualización de 2017, la cual lo redefine como el uso de herramientas electrónicas en el momento de emitir el sufragio y/o del escrutinio. En todo caso, esta no es una definición unánime, ni definitiva, ya que las numerosas y distintas experiencias prácticas y la evolución en diferentes direcciones superan rápidamente las teorías establecidas. De hecho, el voto electrónico no solo se ha venido aplicando a elecciones gubernamentales, referéndums, consultas, elecciones para elegir candidatos o primarias de partidos políticos, sino también en la toma de decisiones en empresas, patronales, sindicatos u organizaciones no gubernamentales.

Entre las tecnologías utilizadas destacan las tarjetas perforadas, los escáneres ópticos, los sistemas de Grabación Electrónica Directa (DRE, en sus siglas en inglés) e internet en ordenadores personales o en aplicaciones de teléfonos móviles. En estos últimos casos, el voto telemático permitiría que la votación no fuera presencial en centros electorales. Además, el uso de estas nuevas tecnologías puede darse en una o en varias de las etapas del proceso electoral, desde la elaboración del censo hasta el escrutinio final, pasando por la identificación del votante o la emisión del voto, pudiendo aportar ciertas ventajas respecto a los métodos más tradicionales. Se suele destacar, entre ellas, la rapidez a la hora de contabilizar los votos, la mayor facilidad para la participación de personas con algún tipo de discapacidad o para aquellas con problemas para desplazarse físicamente hasta un centro de votación. Así pues, el uso de nuevas tecnologías puede aumentar la participación de la ciudadanía en los procesos electorales, así como también abaratar a largo plazo los gastos que estos suponen.

Entre los riesgos o las dudas que más se han destacado en torno a las votaciones electrónicas, cabe destacar la desconfianza que genera la tecnificación del proceso electoral y la pérdida de capacidad de auditoría por parte de la ciudadanía, sobre todo en el caso del voto telemático. Los casos de manipulación de los resultados por ataques informáticos o la violación del secreto del voto han frenado el avance del uso de estas tecnologías en unos procesos que deberían garantizar una absoluta seguridad al tratarse de un pilar fundamental del sistema democrático. Asimismo, la garantía del secreto de voto no solo podría verse vulnerada por fallos de las tecnologías o de su implementación, ya que, al permitir, algunas de ellas, el voto en entornos no controlados se podría llegar a dudar de la veracidad de la identidad del votante o permitir la coacción o una influencia indebida por parte de terceros a la hora de emitir el voto. Finalmente, también se ha criticado la posible afectación del uso de nuevas tecnologías al principio de igual-

dad, ya que no todas las personas podrían tener el mismo acceso o las mismas capacidades para su uso.

En España se sigue usando el método tradicional en las elecciones para elegir a los representantes políticos, tanto en la identificación del votante, mostrando el Documento Nacional de Identidad, como en la emisión del voto, con sobre de papel y en una urna. No obstante, sí se usan las nuevas tecnologías para la centralización de los datos. De todos modos, no parece que esta situación vaya a cambiar sustancialmente a corto plazo. Instituciones como el Consejo de Estado o la Junta Electoral Central no se han mostrado favorables a la generalización del voto electrónico, aunque esta última sí lo contempló como posible instrumento que superara las dificultades del voto exterior. Con todo, ha sido en el ámbito de los partidos políticos, tanto en elecciones primarias como en consultas internas, donde más se ha experimentado con el voto electrónico, aunque, de momento, los resultados han sido irregulares.

En el contexto internacional, Bélgica fue pionera en el campo del voto electrónico con el uso de tarjetas con bandas magnéticas y urnas electrónicas en 1989. Actualmente, India, Brasil, Venezuela y algunos Estados de los Estados Unidos utilizan el método de la Grabación Electrónica Directa, es decir, el votante marca digitalmente sus preferencias en una pantalla y estas quedan registradas. No obstante, en los últimos años es el voto por internet u *online* el que ofrece mayores esperanzas. Se ha utilizado en referéndums, elecciones o primarias de partidos. En Francia, su uso ha sido intermitente en lo que se refiere al voto de los residentes en el exterior. En Canadá también se ha implementado en elecciones municipales en las provincias de Ontario y Nueva Escocia. En Suiza el voto *online* se ha extendido en diferentes ámbitos, aunque, como en otros países, ha sufrido paralizaciones por cuestiones financieras o por fallos en la seguridad del sistema. En 2018 en la ciudad suiza de Zug se realizó una votación con tecnología *blockchain* –tecnología usada para la transacción de criptomonedas como el *bitcoin*–, abriendo una posible vía para el futuro del voto por internet.

El caso más avanzado es Estonia. A pesar de que en 2017 se descubrieran problemas de vulnerabilidad, este es uno de los máximos referentes de democracia electrónica para el mundo académico. A partir de la confianza creada en las nuevas tecnologías de la información y la comunicación por un modelo de comercio electrónico extendido en su sistema bancario, un sector público y político comprometido con el desarrollo de la *eGobernanza* ha desarrollado un sistema de documentos de identidad electrónicos (*Digital ID)* que ha llevado a Estonia a ser el primer país en usar el voto por internet en elecciones a nivel estatal, tanto municipales y parlamentarias como europeas, desde 2005. En las últimas elecciones europeas un 46,7 % de los votantes estonios usaron el *i-vote*.

A pesar de los avances, en gran parte de los países que han experimentado el voto electrónico, este ha sufrido reveses que han frenado su evolución o, directamente, han provocado su prohibición. En 2009, el Tribunal Constitucional alemán sentenció en contra del uso de máquinas en las elecciones al considerar necesario que todas las fases del proceso electoral pudieran ser verificadas por personas sin conocimientos técnicos específicos. En 2008, Holanda recuperó el método de voto tradicional al temer fallos en el sistema de votación electrónica, aunque la legislación permita este tipo de voto desde 1965. En el Reino Unido, la Comisión Electoral, tras realizar prue-

bas piloto, declaró que no había garantías suficientes para implantarlo. Y, más recientemente, en las elecciones presidenciales de 2016 en los Estados Unidos se produjeron fallos y denuncias en las máquinas de voto electrónico o los escáneres de algunos Estados. Por otra parte, la posibilidad de una manipulación de los sistemas de votación electrónica desde el extranjero ha sido un elemento que ha alimentado la desconfianza tanto en Estados Unidos como en otros países.

En definitiva, las nuevas tecnologías pueden ser un medio para alcanzar objetivos democráticamente relevantes como una mayor participación e implicación de la ciudadanía en la toma de decisiones. Sin embargo, no deben entenderse estas como un objetivo en sí mismo que lleve a adoptarlas sin una exhaustiva evaluación de sus riesgos. En los próximos años, el debate y las propuestas de mejora del voto electrónico seguirán girando en torno a la transparencia y la seguridad, sobre todo, en las fases de identificación del votante y la emisión del voto para que este sea completamente libre y secreto. Finalmente, un debate no menor respecto a la posibilidad de incrementar el número de votaciones a través de internet es el impacto social, cultural y político y el temor a una mayor devaluación de la deliberación, aparejada al incremento de la polarización social en torno a cuestiones políticas.

BIBLIOGRAFÍA

Barrat i Esteve, J.; Pérez-Moneo, M., eds.: *La digitalización de los partidos políticos y el uso del voto electrónico*. Pamplona: Aranzadi, 2019.

Guglielmi, G.; Ihl, O., dirs.: *El voto electrónico*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2017.

Ríos Insua, D., coord.: *Democracia electrónica*. Madrid: LID Editorial, 2008.

Juan Milián Querol
Politólogo
Profesor Asociado de Ciencia Política
Universidad de Barcelona

VER TAMBIÉN: ADMINISTRACIÓN ELECTORAL / AGENDA DIGITAL / DEMOCRACIA / DEMOCRACIA DIRECTA / ELECCIONES / ESTADO DEMOCRÁTICO / INFORMÁTICA JURÍDICA / SUFRAGIO

CIENCIAS JURÍDICAS

ABOGACÍA

La definición de «abogacía» contenida en el vigente Estatuto General de la Abogacía de España, aprobado por Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, es sumamente amplia: «La abogacía es una profesión libre e independiente que presta un servicio a la sociedad en interés público y que se ejerce en régimen de libre y leal competencia, por medio del consejo y la defensa de derechos e intereses públicos o privados, mediante la aplicación de la ciencia y la técnica jurídicas, en orden a la concordia, a la efectividad de los derechos y libertades, y a la justicia» (art. 1.1). Todavía lo es más la definición de «abogado» en el art. 542.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que atribuye «en exclusiva la denominación de abogado al licenciado en Derecho que ejerza profesionalmente la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos, o el asesoramiento y el consejo jurídicos», para seguir recordando en su apartado 2 la libertad e independencia del abogado: «en su actuación ante los juzgados y tribunales, los abogados son libres e independientes, se sujetarán al principio de buena fe, gozarán de los derechos inherentes a la dignidad de su función y serán amparados por aquellos en su libertad de expresión y defensa». Ese art. 542 de la LOPJ se encuentra al principio del libro VII de esta Ley, cuya rúbrica es «*Del Ministerio Fiscal y demás personas e instituciones que cooperan con la Administración de Justicia*». Luego, los abogados, aunque no forman parte de la Administración de Justicia, cooperan con ella ejerciendo una función de interés público.

En este breve repaso normativo están prácticamente todos los elementos esenciales de la profesión de abogado, cuyo contenido característico es, pues, el asesoramiento y la defensa, aplicando la ciencia y la técnica del Derecho, para la efectividad de los derechos y libertades, en busca de la convivencia pacífica. Esos servicios de asesoramiento y defensa jurídicas pueden prestarse en todos los sectores de la vida personal, familiar, laboral y económica, y para ello cabe disponer de medios organizativos muy diversos, desde la prestación profesional individual al ejercicio colectivo y multiprofesional en grandes firmas.

El primero de esos elementos esenciales de la abogacía es la subordinación de la profesión al servicio de la justicia y a la tutela del interés general. La imagen mercantilizada del abogado definido por la relación bilateral y contractual con su cliente, como si su función se agotara en el cumplimiento de ese encargo profesional remunerado que recibe del cliente, o por cuenta de este, si es un defensor de oficio, no solo es en exceso simplista. Es inexacta. El Código de Deontología de los Abogados en la Unión Europea, expresamente asumido por el actual Código Deontológico de la Abogacía Española (CDAE), en vigor desde el 8 de mayo de 2019, contiene en su art. 1.1 una definición muy precisa de la función del abogado en la sociedad: «En una sociedad basada en el respeto al Estado de Derecho, el abogado cumple un papel esencial. Sus obligaciones no se limitan al fiel cumplimiento de lo encomendado, en el ámbito de la legislación aplicable. Un abogado debe servir los intereses de la justicia, así como los derechos y libertades que se le han confiado para defenderlos y hacerlos valer».

En España, hasta cuando una Real Orden de Carlos IV de 1794 acordó reducir el

número de abogados de Madrid, se decía que el de doscientos «*sería suficiente para el servicio público*». La vocación de servicio público es una constante y forma parte esencial de la abogacía. En el título XXII del libro V de la Novísima Recopilación de las Leyes de España (1804) se recogían ya numerosas reglas que reflejaban la orientación de la abogacía al interés general:

– En la ley III se trataba del juramento que deben hacer los abogados al tiempo de recibirse, y se afirmaba *«que no ayudarán en causas desesperadas, en que sepan y conozcan que sus partes no tienen justicia».*
– En la ley IV se mandaba *«que los letrados, examinados abogados..., no digan ni aleguen cosa no verdadera».*
– En la ley VIII, recogiendo una pragmática de los Reyes Católicos de 1495, se prescribía *«que los abogados... no aleguen cosas maliciosas, ni pidan términos para probar lo que saben o creen que no van a aprovechar, o que no se puede probar».*

Son muchos los aspectos de la profesión de abogado orientados al interés general, incluso superponiéndose al interés privado del cliente si este es, de forma patente, un interés espurio. El Estatuto General de la Abogacía española impone como deber fundamental del abogado, en tanto que partícipe en la función pública de la Administración de Justicia, el de cooperar con ella de modo que en ningún caso la tutela de los intereses que se le confían pueda «justificar la desviación del fin supremo de la justicia a que la abogacía se halla vinculada»; y la justicia no es un nombre, sino un valor superior del nuestro ordenamiento jurídico a tenor del artículo primero de la Constitución. De forma análoga, el art. 2.3 del CDAE obliga al abogado a preservar su independencia frente a toda clase de presiones o exigencias que la limiten, aunque provengan del propio cliente.

Este sería, precisamente, el segundo elemento esencial de la profesión de abogado: su independencia. Independencia para aceptar o no el encargo profesional, y «para rechazar las instrucciones que, en contra de los propios criterios profesionales, pretendan imponer el cliente, los miembros del despacho, los otros profesionales con los que se colabore o cualquier otra persona, entidad o corriente de opinión, debiendo cesar en el asesoramiento o defensa del asunto cuando se considere que no se puede actuar con total independencia, evitando, en todo caso, la indefensión del cliente» (art. 2.3 CDAE).

El tercer elemento esencial sería el de la libertad de defensa y de expresión, que no solo tendrán que ser amparadas por los tribunales, como expresamente recuerda la LOPJ, sino por todos los poderes públicos y aún por todos los individuos y corporaciones. Todos deberán evitar la injerencia en esa libertad de defensa, o su menoscabo, respetando aspectos inherentes como la confidencialidad y el secreto profesional, ya que no se trata de un privilegio del abogado, o de un ámbito de libertad establecido en su interés, sino de un principio que tiene valor medial para el derecho a la defensa del cliente como derecho fundamental proclamado en el art. 24 de la Constitución, que expresamente menciona el derecho a la defensa y asistencia de letrado (art. 24.2 CE), además de proscribir la indefensión con carácter general (art. 24.1 CE).

Precisamente por esas funciones de interés general, la abogacía es una profesión regida por una ética profesional estricta, expresada en reglas deontológicas que todo abogado debe conocer y observar, y siendo obligado para su ejercicio la in-

corporación del abogado a un Colegio de Abogados, corporación de Derecho público. Corresponde, en principio, aunque no exclusivamente, a los Colegios de Abogados y al Consejo General de la Abogacía, el control deontológico y la ordenación de la profesión, en términos que no menoscaben el principio de libre y leal competencia que también define la abogacía.

La profesión de abogado, más allá de su participación en transacciones empresarial y económicamente relevantes, está indisolublemente conectada al valor superior de la justicia y al Estado social y democrático de Derecho, quedando la defensa de las víctimas y de los sectores más desfavorecidos de la sociedad del lado de los abogados, que tienen el privilegio de utilizar los derechos humanos como herramienta profesional. La responsabilidad social de la abogacía y su subordinación al valor y al servicio de la justicia son seña de identidad de una profesión que no puede concebirse por su mera dedicación a la prestación de servicios jurídicos.

BIBLIOGRAFÍA

Agudo Ruiz, A.: *Abogacía y abogados: Un estudio histórico-jurídico*. Logroño: Universidad de La Rioja, 2013.

Hernández-Gil Álvarez-Cienfuegos, A.: *Discurso leído en la entrega del Premio Pelayo para juristas de reconocido prestigio*. Madrid, 2017

Martí Mingarro, L.: *El abogado en la historia. Un defensor de la razón y la civilización*. Madrid: Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 2001.

Muñoz Machado, S., dir.: *Historia de la Abogacía española*. 2 vol. Madrid: Thomson Reuters Aranzadi, 2015.

VV. AA.: *Abogados de cine: Leyes y juicios en la pantalla*. Madrid: Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, Castalia, 1996.

Antonio Hernández-Gil Álvarez-Cienfuegos (†)
Académico de Número de la
Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España
Catedrático de Derecho Civil
Abogado

VER TAMBIÉN: ABOGACÍA DEL ESTADO / ARBITRAJE / *COMMON LAW* / DERECHO PROCESAL / ESTADO DE DERECHO / JURISDICCIÓN / LENGUAJE JURÍDICO / RETÓRICA JURÍDICA / SEGURIDAD JURÍDICA

ABOGACÍA DEL ESTADO

La Abogacía del Estado es una institución de la Administración General del Estado cuya función es prestar asistencia jurídica, consistente en el asesoramiento, representación y defensa en juicio del Estado y sus organismos autónomos, así como la representación y defensa de los órganos constitucionales, cuyas normas internas no establezcan un régimen especial propio *[como es el caso de las Cortes Generales].*

La Abogacía del Estado se compone de altos funcionarios, los cuales conforman el cuerpo de abogados del Estado. El acceso a dicho cuerpo se efectúa mediante oposición, de manera que se garantiza la capacitación y profesionalidad de sus miembros, al tiempo que se asegura la estabilidad en el puesto de los mismos y, por tanto, su imparcialidad en el desempeño de sus funciones.

La formación histórica del cuerpo de abogados del Estado se remonta a mediados del siglo XIX, por lo que es una de las instituciones más asentadas del Estado español, habiendo contribuido con sus funciones a la configuración del Estado de Derecho y la consolidación de la Administración actual. Se trata de un elemento de garantía de la supeditación administrativa al ordenamiento jurídico, así como de la adecuada reacción jurídica ante injerencias contra el Estado.

El origen de esta unidad puede fecharse en 1849 con la creación de la Dirección General de lo Contencioso, en el Ministerio de Hacienda, con la finalidad de defender jurídicamente los intereses de la Hacienda Pública. Constituyen su antecedente más antiguo los oficiales letrados de Hacienda, creados en 1868. Pero la creación del cuerpo de abogados del Estado como tal se remonta a 1881.

Entre los miembros destacados que pertenecen a este ilustre cuerpo de funcionarios al servicio del Estado se pueden citar a José Calvo Sotelo (ministro de Hacienda entre 1925 y 1930 y diputado de Cortes), Joaquín Costa (político y pensador español, representante del regeneracionismo de finales del siglo XIX y miembro de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas) o el cardenal Herrera Oria (periodista, jurista y político, fundador de la Asociación Católica Nacional de Propagandistas y director del diario *El Debate*); entre otros muchos políticos, profesionales y pensadores.

El acceso al cuerpo de abogados del Estado se realiza por oposición (ininterrumpida, salvo en periodo de guerra), siendo esta la característica más relevante de la Abogacía del Estado y la que confiere fundamentalmente prestigio a sus componentes. Como otras grandes oposiciones del Estado (registradores de la Propiedad, notarios o letrados de las Cortes o del Consejo de Estado), la dificultad en el acceso y la exigencia de una alta cualificación representan unas barreras de entrada basadas exclusivamente en el principio de mérito y capacidad. La oposición exige la superación de cuatro exámenes y una prueba de conocimientos de idiomas. La totalidad del temario, de unos quinientos temas aproximadamente, abarca todas las ramas del Derecho.

Tradicionalmente la celebración de oposiciones se ha considerado la garantía, no solo de los conocimientos de quienes

ingresan en la función pública, sino de independencia e imparcialidad. Aquellos que acceden lo hacen en atención a requisitos objetivos y en pie de igualdad, por meritocracia. De la misma forma, una vez adquirido el puesto por oposición, también se confiere la seguridad de que, por no poder ser cesados discrecionalmente, las opiniones jurídicas que se viertan en el ejercicio de su cargo serán imparciales y no se plegarán a las exigencias o necesidades de quien solicita el informe. Ello dota a la profesión de su característica independencia y de una reconocida reputación jurídica.

La principal función de la Abogacía del Estado es la asistencia jurídica, que comprende la emisión de informes y dictámenes motivados a solicitud de unidades superiores de la Administración del Estado y en relación con muy diversos asuntos que se suscitan en la práctica administrativa. La recopilación de los informes emitidos se recoge en los denominados «Anales de la Abogacía del Estado», constituyendo una fuente de resolución e interpretación de cuestiones jurídicas de gran valor para el funcionamiento de la Administración.

También la asistencia jurídica consiste en la representación y defensa en juicio ante cualquier instancia de los intereses del Estado, siendo posible asumir la representación y defensa en juicio de las autoridades, funcionarios y empleados del Estado, sus organismos públicos y de los órganos constitucionales, cualquiera que sea su posición procesal, cuando los procedimientos se sigan por actos u omisiones relacionados con el cargo. Quedan excluidas de su órbita de actuación el asesoramiento del Ministerio de Defensa, que corresponde al cuerpo jurídico militar, y de la Administración de la Seguridad Social. Ahora bien, se pueden incluir, mediante la firma de los oportunos convenios de colaboración, a las Comunidades Autónomas o Corporaciones locales, así como otras entidades públicas. En el ámbito autonómico, sin embargo, se ha optado por replicar el modelo de la Abogacía del Estado, creando cuerpos de letrados que desempeñan funciones similares respecto de la Administración correspondiente.

Algunas intervenciones de la Abogacía del Estado han alcanzado fuerte notoriedad, como ha sido la publicidad alcanzada por el número de pleitos ganados a favor del Estado y la consiguiente recaudación de costas; la defensa de casos famosos como el llamado caso *Odyssey* (la recuperación del tesoro del barco «Nuestra Señora de las Mercedes» en 2009) o el caso *Prestige* (obteniendo una sentencia con una cuantiosa indemnización a favor del Estado español por los vertidos del buque citado en las costas españolas); la controvertida defensa en arbitrajes internacionales interpuestos contra el Reino de España; o la criticada postura procesal en el juicio ante el Tribunal Supremo conocido comúnmente como «el juicio del procés».

El régimen de la Abogacía del Estado se encuentra regulado en la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de asistencia jurídica al Estado e instituciones públicas, y el Real Decreto 997/2003, de 25 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del servicio jurídico del Estado. A la cabeza de la Abogacía del Estado se encuentra la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado, que es el centro superior consultivo de la Administración del Estado, sus organismos autónomos y entidades públicas dependientes (conforme a sus disposiciones reguladoras propias, en el caso de estas últimas). La Dirección es un organismo integrado en el Ministerio de Justicia y tiene nivel orgánico de Subsecretaría. El

cargo de director lo ocupa un abogado del Estado bajo la denominación de abogado general del Estado.

De la Dirección dependen diversas subdirecciones. Las dos principales dividen las funciones en Servicios Consultivos, cuya labor es la que consiste eminentemente en la elaboración de informes y dictámenes, y Servicios Contenciosos, que se ocupa de todo lo que atañe a la representación y defensa en juicio. Existen otras unidades especializadas como la Subdirección General de Asuntos de la Unión Europea e Internacionales o la de Constitucional y Derechos Humanos. El resto de unidades se organizan ante tribunales (Tribunal Supremo, Audiencia Nacional…) o por departamentos ministeriales.

Especialmente relevantes son las Abogacías del Estado en la Administración periférica, que se encuentran en las capitales de provincia, donde el abogado del Estado asume tanto los asuntos contenciosos como los consultivos de su ámbito territorial.

Otros países cuentan con instituciones similares, como la *Avvocatura dello Stato*, en Italia, instituida el 30 de octubre de 1933 mediante decreto, que cuenta con idénticas funciones y organización similar a la española, mientras que algunos otros mantienen modelos parecidos, siendo una figura desconocida en el ámbito jurídico anglosajón. Diversas Administraciones de Latinoamérica han adoptado formaciones imitando el modelo español, como es el caso de Argentina.

BIBLIOGRAFÍA

Gilabert, M. Á.: *La formación histórica del cuerpo de abogados del Estado*. Sevilla: Derecho Global, 2016.

Martín-Retortillo Baquer, S.: *La defensa en Derecho del Estado. Aproximación a la historia del cuerpo de abogados del Estado*. Madrid: Civitas, 1986.

https://www.avvocaturastato.it/

https://www.argentina.gob.ar/procuraciondeltesoro/ecae

Alicia Segovia Marco
Abogada del Estado

VER TAMBIÉN: ABOGACÍA / ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO / BUENA ADMINISTRACIÓN / ESTADO DE DERECHO / GOBIERNO / JURISDICCIÓN / MINISTERIO FISCAL / ORDENAMIENTO JURÍDICO / SECTOR PÚBLICO

ABUSO DE DERECHO

Consiste en el ejercicio de un derecho propio sin contravenir los límites de la legalidad, pero con perjuicio de otro; por ello, resulta ser un ejercicio antijurídico de un derecho realizado por su titular. Así pues, supone el ejercicio de un derecho contra su razón de ser y en perjuicio de tercero (Lluis y Navas).

Su primera manifestación histórica es la *aemulatio* (D.50,10,3pr) con el sentido de competencia ilícita (construir una obra nueva para competir con un monumento público). Se ha subrayado la influencia cristiana en la valoración del elemento subjetivo: el *animus nocendi* como requisito de la ilicitud en Derecho de los actos emulativos (López Alarcón, siguiendo a Astuti). En el Derecho canónico vigente sigue siendo relevante: el abuso de la potestad o del cargo eclesiástico constituye un delito, tipificado en el c. 1389, incluso cuando la potestad se haya obtenido mediante un privilegio (c. 84); asimismo, puede constituir una circunstancia agravante en la comisión de otros delitos (c. 1326). Por último, el CIC 83 prevé el deber de vigilar para que no se produzcan abusos (c. 528).

El límite entre el uso y el abuso del derecho es un concepto que evoluciona en la medida en que evolucionan las convicciones éticas de la sociedad, así como la técnica y la economía (Rotondi), como un límite intrínseco del propio derecho (Albaladejo).

El art. 7.2 del Código Civil español establece que «la ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que, por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia del abuso». En la introducción de este precepto (reforma del Código Civil de 1974) jugó un papel muy relevante la jurisprudencia del TS. La STS de 14 de febrero de 1944 declaró que mediante el abuso de derecho «al amparo de una legalidad externa y del aparente ejercicio de su derecho, traspasa en realidad los linderos impuestos al mismo por la equidad y la buena fe». En términos similares la jurisprudencia posterior; por su parte, las SSTS de 13 de junio de 2003 y de 14 de diciembre de 2007, atribuyen al abuso de derecho un significado objetivo y otro subjetivo que pueden ser concurrentes o complementarios. El elemento subjetivo consiste en la intención de dañar, en ausencia de otra finalidad legítima. El elemento objetivo es el ejercicio del derecho de modo anormal, es decir, contrario a sus fines económico-sociales. La STS de 14 de febrero de 1986 señaló que en lugar de «abuso de derecho» debería hablarse de abuso *en el ejercicio* del derecho». En fin, la STS de 28 de enero de 2008 lo califica como un concepto jurídico indeterminado cuya esencia consiste en sobrepasar manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho.

El abuso de derecho puede cometerse de buena fe; es decir, en la creencia de que el acto ejecutado está dentro de los límites del derecho, y sin intención de dañar. Para precisar si hay abuso de derecho subjetivo, se debe determinar la naturaleza del derecho concreto; en cambio, en el fraude, hay un uso retorci-

do del Derecho objetivo, y para determinarlo hay que examinar la situación que crea el acto en el ordenamiento jurídico.

La función del abuso del derecho se vincula con la *causa* de los actos jurídicos. No es que el abuso de derecho sea un concepto moral, pero sí que «representa el correctivo de la moralidad que postula la legalidad» (Dabin). La causa desempeña por tanto una función calificadora del abuso de derecho (Josserand). Hay conducta abusiva cuando se actúa movido por causa ilícita o por una causa que no es la que corresponde objetivamente al derecho ejercitado (López Alarcón). Estamos en presencia de un abuso de derecho tanto cuando la voluntad del agente responde a la intención de dañar a otro como cuando el ejercicio del derecho no se dirige al fin para el que le fue atribuido (Olivero), y en esto se asemeja al fraude. Por lo demás, la jurisprudencia afirma reiteradamente que el abuso de derecho no se presume.

El abuso de derecho en nuestro ordenamiento jurídico está previsto no solo en el Código Civil. Esta institución tiene también efectos en Derecho Procesal. El art. 11.2 LOPJ establece que «los juzgados y tribunales rechazarán fundadamente las peticiones, incidentes o excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal». Asimismo, el Derecho Internacional y el europeo contemplan el abuso de derecho en el ejercicio de los derechos fundamentales: el art 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966): 1. «Ninguna disposición del presente pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida de la prevista en él. 2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado».

El art. 17 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950) establece que «ninguna de las disposiciones del presente convenio podrá ser interpretada en el sentido de que implique para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos y libertades que las previstas en el mismo». Este precepto supone tanto la prohibición del abuso de derechos fundamentales en el sentido clásico del abuso de derecho en el ámbito en el que este concepto se origina (Derecho privado), como la prohibición de una interpretación de los derechos convencionales que suponga restricciones no previstas en el CEDH (García Roca). En el fondo, es la aplicación del abuso de derecho a los titulares de los derechos fundamentales y a los encargados de garantizarlos (abuso de restricción). Su justificación se encuentra en la corrección de los excesos en ejercicio de un derecho como la propiedad, sin atender a su función social, y en la traumática experiencia de la Segunda Guerra Mundial. Ha desempeñado un papel relevante en defensa de la democracia.

Por último, a tenor del art. 54 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (2000), «ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá ser interpretada en el sentido de que implique un dere-

cho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en la presente Carta».

En Derecho Internacional Público, el abuso de derecho tiene un tratamiento específico cuando supone un «abuso de poder», así en el marco de la reparación a las víctimas de violaciones de derechos humanos: Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 29 de noviembre de 1985 (Resolución 40/34), la cual define lo que debe entenderse por «víctima de abuso de poder» (n.º 18).

BIBLIOGRAFÍA

Carrasco Perera, Á.: *Tratado del abuso de derecho y del fraude de ley*. Pamplona: Civitas-Thomson Reuters, 2016.

Davin, J.: *El derecho subjetivo*. Santiago de Chile: Olejnik, 2019.

García Roca, J.: «Abuso de los derechos fundamentales y defensa de la democracia (art. 17 CEDH)», en J. García Roca / P. Santolaya, coords., *La Europa de los derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.

Jaramillo Jaramillo, C. I.: *El abuso de derecho y su proyección en los ámbitos sustancial y procesal civil*. Santiago de Chile: Olejnik, 2019.

Lazcano, I.: «Artículo 17: prohibición del abuso de derecho», en Lasagabaster, I., dir., *Convenio europeo de derechos humanos. Comentario sistemático*. Madrid: Thomson Civitas, 2004.

López Alarcón, M.: «El abuso de derecho en el ordenamiento canónico», en *Ius Canonicum*, 9-17 (1969).

López Martín, A. G.: «Las víctimas del abuso de poder en Derecho Internacional: una aproximación a su estatuto jurídico», en *Revista General de Derecho Público Comparado*, 14 (2014)

Morales Moreno, A. M.: «Abuso de derecho y estado de necesidad como posibles límites al interdicto de recuperar la posesión», en *Poder Judicial*, 2 (1986).

Rodovalho, T.: *Abuso de Derecho y derechos subjetivos*. Santiago de Chile: Olejnik, 2011.

María José Roca Fernández
Catedrática de Derecho Constitucional
Universidad Complutense

VER TAMBIÉN: BUENA FE / CÓDIGO CIVIL / CONTRATOS / DERECHO CIVIL / DERECHOS FUNDAMENTALES / DERECHOS SUBJETIVOS / SEGURIDAD JURÍDICA / TEORÍA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO

ACERVO DE LA UNIÓN EUROPEA

El «acervo» comunitario, hoy de la Unión Europea, es un concepto aparentemente sencillo con el que se alude al conjunto de principios, actos, objetivos, normas, prácticas y documentos adoptados por la UE y sus Estados miembros que ordenan el proceso de integración europea. Es, en cierto sentido, el sustrato jurídico sobre el que se sustenta la construcción jurídica europea. Este acertado término, proveniente de su versión francesa *acquis* (lo adquirido, logrado), extendido a la mayor parte de las lenguas oficiales de la Unión, se ha incorporado a la terminología política y jurídica de la Unión en sus textos jurídicos y en la práctica de sus instituciones, incluida la jurisprudencial.

Su inopinada inclusión en el mundo jurídico de las Comunidades en los años setenta vino vinculado al Acta de adhesión de Dinamarca, Irlanda y el Reino Unido de 3 de enero de 1972, con el que, sin más explicación previa, se identificaban los actos que se consideraban parte del *acquis* y, en su caso, las condiciones para que se considerara como tal. Su «objetivo» no era otro que identificar los actos, y en su caso las condiciones y plazos, que formaban el núcleo de obligaciones que asumían los Estados que se adherían a las Comunidades. Pero aquella primera vez tenía un alto contenido político: señalar que el Reino Unido tenía que aceptar el conjunto de derechos y obligaciones que se habían acordado en las Comunidades Europeas previamente a su adhesión si quería convertirse en un nuevo Estado miembro, frente a sus pretensiones iniciales de aceptar solo las normas adoptadas con posterioridad a su ingreso. Con esta peculiar, y algo imprecisa, incorporación de esta noción de acervo, no fue extraño que su primer problema haya sido la definición de su propio contenido. Desprovista ya en mayor o menor medida de aquella tensión política de fondo, se configura como la habitual técnica jurídica con la que en las sucesivas Actas de adhesión a las Comunidades (luego a la Unión), se identifica el núcleo de derechos y obligaciones de los nuevos Estados, con especial atención a los plazos y, eventualmente, condiciones especiales de incorporación del acervo.

La aceptación, pues, del acervo se considera, antes que nada, como un *requisito indispensable* para la adhesión a la Unión. El término fue enunciado con carácter general (y solo por algún tiempo) en las disposiciones comunes del Tratado de la Unión Europea, en su versión de Maastricht. En el «artículo B» aparecía su mantenimiento íntegro entre los objetivos de la Unión, como freno a cualquier interpretación de las nuevas reglas y procedimientos intergubernamentales como renuncia o debilitamientos de lo ya alcanzado. En el «artículo C» se establecía como un factor de garantía y cohesión para el funcionamiento del «marco institucional único» que el mismo Tratado acababa de instaurar. El acervo suma así dos nuevas funciones importantes junto a la marcar los derechos y obligaciones que adquieren los nuevos Estados aspirantes a la adhesión: garantizar los avances de la integración en términos jurídico-institucionales e impedir que los cambios en los modelos institucional y procedimental puedan debilitar el *corpus* jurídico que el sistema funcional de la integración ha alcanzado y consolidado.

Pese a todo, a estas alturas seguimos careciendo de una definición jurídica formal de su significado. Es verdad que el conjunto de derechos y obligaciones que derivan del acervo comunitario viene establecido en una pluralidad de textos, pero ninguno tiene una naturaleza jurídica del nivel deseable y, en ocasiones, por su parcialidad resulta discutible. Habitualmente se identifican como elementos del acervo: (a) Los Tratados constitutivos, incluyendo sus objetivos políticos y los principios generales que se derivan de ellos; (b) El Derecho derivado de la UE, incluyendo los actos adoptados en el marco de la Política exterior y de seguridad común y en el contexto del espacio de libertad, seguridad y justicia; (c) Los acuerdos internacionales celebrados por la UE; (d) Los acuerdos internacionales celebrados entre Estados miembros en el desarrollo o aplicación de normas de la UE; (e) Las declaraciones y resoluciones adoptadas por la UE; y (f) La jurisprudencia del TJUE. Seguramente, todo este conjunto de instrumentos jurídicos constituye la base común sobre la que se asienta el proceso de integración y difícilmente podría cuestionarse que no formen parte del acervo. La Comisión advirtió pronto a finales de 2001 del problema de esta determinación en su *Comunicación sobre codificación del acervo comunitario* (COM(2001) 645 final). Pero, a pesar de ello, las cosas están resultando no solo técnica sino políticamente más complicadas, pues la problemática que se plantea hoy apunta a temas de naturaleza más amplia y compleja.

En primer lugar, los problemas derivados de su propia dimensión (podríamos estar hablando de unos 100.000 actos jurídicos, de diversa naturaleza, que incluyen modificaciones y derogaciones) conectan con la cuestión de su codificación. El asunto ocupa a la Comisión desde 2003 con relativos buenos resultados [*Comunicación sobre actualizar y simplificar el acervo comunitario*, COM(2003) 71 final]. Pero no es solo una cuestión cuantitativa, la heterogeneidad del acervo es un problema serio. Como dice la propia Comisión, ese núcleo indiferenciado no es solo que contenga actos obsoletos, irrelevantes o sin interés general, es que «algunos actos jurídicos tienen una aplicación de duración limitada o bien se aplican únicamente en el momento de su adopción. Otros (…) siguen existiendo (formalmente) aunque su base jurídica haya sido modificada o derogada. Muchos actos se destinan exclusivamente a determinados Estados miembros o agentes económicos y, por lo tanto, no tienen ningún interés o pertinencia generales». Queda mucho para depurar una noción de «acervo» coherente y racional.

Un segundo núcleo de problemas tiene que ver con la eventual existencia de una especie de «*acervo esencial*» que impondría límites materiales a la reforma misma de los Tratados constitutivos por su carácter imprescindible para el proceso de integración. Si bien es cierto que, en tanto que dueños de los Tratados, los Estados miembros son libres de modificar cualquier disposición del Derecho originario mediante los procedimientos de revisión previstos en el mismo, el TJUE ha identificado una serie de «garantías constitucionales» que forman parte de «las propias bases de la UE», lo que impide, si no modificaciones, al menos sí interpretaciones que «permitan establecer excepciones a los principios de libertad, democracia y respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, consagrados como bases de la Unión» (sentencia de 3 de septiembre de 2008, *Kadi*, C-402/05 P y C-415/05 P), apdos. 290, 303-304). La inclusión de los objetivos políticos y los principios generales del

proceso de integración en la noción de acervo comunitario permite identificar en dicha expresión un determinado modelo político y social basado en un ordenamiento jurídico autónomo e independiente que contribuye a su identidad frente a otros procesos regionales de integración.

El tercer problema es el derivado de la coexistencia de un *acervo general*, sin encaje en las normas constitutivas y un *acervo «parcial» o «sectorial»* paradójicamente sí incluido en esas normas, donde aparece recogiendo algunas excepciones permanentes en cuanto a la vigencia de algún sector del acervo comunitario para algunos Estados miembros o estableciendo los plazos y procedimientos por los que actos jurídicos, prácticas o decisiones de procedencia ajena se pueden incorporar al sistema jurídico de la Unión, es decir, al propio acervo. Este es el caso excepcional por su importancia y extensión del llamado «*acervo de Schengen*».

El cuarto y último problema tiene que ver con la relación del *acervo y la integración diferenciada*. Cuando se acuña el término en la jurisprudencia del TJUE, se utiliza para hacer referencia a los derechos y obligaciones compartidos por los Estados miembros de manera uniforme. No obstante, con la aparición de regímenes jurídicos diferenciados para algunos Estados miembros desde el Tratado de Maastricht, y más explícitamente con el de Ámsterdam, cuando se institucionaliza la «cooperación reforzada», se hace necesario distinguir el acervo comunitario en sentido estricto (*acervo comunitario general*), como núcleo jurídico común a todos los Estados miembros, de otras normas comunitarias que solo vinculan a algunos Estados. En este sentido, el art. 20, ap. 4, TUE señala: «Los actos adoptados en el marco de una cooperación reforzada vincularán únicamente a los Estados miembros participantes. Dichos actos no se considerarán *acervo* que deban aceptar los Estados candidatos a la adhesión a la Unión».

En fin, la popularidad del término acervo en la UE como conjunto jurídico que va más allá de las normas estrictamente vinculantes para referirse a todas las normas, prácticas administrativas, jurisdiccionales y cualquier mecanismo de actuación establecidos por la Unión como su sustrato jurídico irrenunciable hace que sea un término sin duda útil para expresar un elemento esencial de avance de la integración europea y hasta de su irreversibilidad esencial, pero en términos jurídicos tal vez demasiado imprecisos.

BIBLIOGRAFÍA

Alcoceba Gallego, A.: «Del acervo comunitario y otras pizzas: contribución de la integración diferenciada a la transformación del acervo», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo,* vol. 7, 14 (2003).

Audeoud, O.: «L'acquis communautaire, du mythe à la pratique», en *Revue d'études comparatives Est-Ouest,* 33:3 (2002).

Petrov, R.; Kalinichenko, P.: «On similarities and differences of the European Union and Eurasian Economic Union legal orders: Is there the "Eurasian Economic Union Acquis"?», en *Legal Issues of Economic Integration*, 43:3 (2016).

Ziller, J.: «The Acquis: European Union Law and so many Laws», en G. Amato *et al.*, (eds.) *The History of the European Union: Constructing Utopia*. Oxford: Hart Publishing, 2018.

Diego Liñán Nogueras
Catedrático de Derecho Internacional Público
Universidad de Granada

VER TAMBIÉN: BREXIT / COMISIÓN EUROPEA / CONSTITUCIÓN EUROPEA (Proyecto de) / INTEGRACIÓN EUROPEA / POLÍTICA EXTERIOR Y DE SEGURIDAD COMÚN DE LA UE / TÉCNICA NORMATIVA / TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UE / UNIÓN EUROPEA

ADMINISTRACIÓN ELECTORAL

Las elecciones libres son una exigencia funcional imprescindible del sistema democrático, de modo que no hay democracia sin elecciones libres que, por naturaleza, son abiertas, competitivas, transparentes y, por ende, limpias y justas. Pero, al tiempo, las elecciones son un procedimiento, es decir, presentan una innegable dimensión medial o instrumental que requiere de una organización autónoma o independiente y, por tanto, confiable, en razón de su imparcialidad, para los actores políticos y para los ciudadanos. A esa organización formada por las autoridades responsables de la dirección y gestión del procedimiento electoral convenimos en denominarla Administración electoral.

El Derecho comparado nos enseña que no existe un único modelo confluyente sino que, en razón del nivel de consolidación de la democracia y de vertebración institucional, y, en consecuencia, de la credibilidad en la autenticidad de los comicios, nos muestra una pluralidad de opciones: desde la europea occidental, con variables, en que es el Poder Ejecutivo, en algunos casos bajo supervisión de un órgano o comisión *ad hoc,* el que asume las funciones de la Administración electoral, hasta el iberoamericano, en que se crea una organización de carácter permanente separada de los tres poderes del Estado (hasta el punto de que en algunos países es considerada un cuarto poder) que asume, bien la integridad de las competencias, bien se estructura en dos ramas, una con las de gestión, incluido el registro y censo de los electores, y otra con competencias de control, supervisión y revisión, con la singularidad de Perú, donde desde 1993 existen tres organismos electorales, pues a los dos citados se suma la llevanza del censo electoral que se encomienda al Registro Nacional de Identidad y Estado Civil.

En España, la vigente Ley Orgánica del Régimen Electoral General (LOREG, L.O. 5/1985, con múltiples reformas), que sigue el precedente de la longeva Ley Maura de 1907 y del Real Decreto-Ley de 1977, atribuye la misión institucional de garantizar «la transparencia y objetividad del proceso electoral y el principio de igualdad a la Administración electoral», integrada por las Juntas Electorales y las Mesas Electorales» (art. 8). Sin embargo, hay otros órganos que intervienen en la preparación o desarrollo del proceso electoral pero no forman parte de la Administración electoral, reservada a las Juntas y las Mesas *ex lege;* es decir, integran el aparato organizativo de las elecciones y actúan subordinadamente a la Administración electoral en el cumplimiento de las tareas que tienen encomendadas. En concreto, el Ministerio del Interior, que cumple una función dadora de los medios humanos y materiales para el desarrollo del proceso electoral, y la Oficina del Censo Electoral, encuadrada en el Instituto Nacional de Estadística, que asume la función de la formación del censo electoral. Ambos ejercen estas competencias, como también el Servicio de Correos, bajo la dirección, supervisión y control de la Junta Electoral Central, como órgano superior de la Administración electoral.

La Administración electoral, que el Tribunal Constitucional denominó «peculiar estructura administrativa», se presenta netamente diferenciada de la Administración Pública general, pero no deja de ser Administración; peculiar, por supuesto, pues no es encuadrable en el Ejecutivo –aunque tampoco en el Legislativo ni en el

Judicial–, y singular, además, pues goza de una posición de supremacía sobre todos los actores intervinientes en las operaciones electorales e incluso sobre las restantes Administraciones Públicas que intervienen en la organización electoral. Esta especificidad viene determinada por los siguientes caracteres identificadores:

A) Una Administración *independiente* en cuanto exenta de cualquier dependencia orgánica y funcional de las Administraciones Públicas, aunque lógicamente sujeta al control judicial.
B) Una Administración *especializada*, a la que está encomendada la dirección y supervisión de todos los procesos electorales y refrendatarios a través de los que se concreta el derecho a la participación jurídica de los ciudadanos en los asuntos públicos. Es, por tanto, instrumento esencial al servicio del Estado democrático.
C) Una Administración netamente *judicializada* en la composición de las Juntas Electorales, en garantía de la independencia, objetividad e imparcialidad consustanciales a la función para la que es creada. Las Mesas Electorales no están judicializadas en su composición, pero sus miembros son ciudadanos elegidos por sorteo público, con lo que se pretende la misma finalidad, ínsita en esta «específica Administración de garantía».
D) Una Administración *no permanente*, con excepción de la Junta Electoral Central, y de las Juntas Electorales de Comunidad Autónoma allí donde existen. Tanto las Juntas Provinciales como las de Zona se constituyen el tercer día siguiente a la convocatoria electoral y su mandato se extingue a los cien días de celebradas las elecciones, salvo que durante ese plazo se convoquen otras; las Mesas electorales se constituyen y se extinguen en la jornada electoral.
E) Una Administración *no profesionalizada*, es decir, no formada por profesionales expertos o especializados en esta rama del Derecho Constitucional (como se infiere de la forma de designación de sus miembros: por sorteo, los vocales judiciales de las Juntas Electorales y los vocales de las Mesas Electorales; a propuesta conjunta de las entidades políticas con representación parlamentaria, los vocales no judiciales de las Juntas Electorales, siempre minoritarios en el órgano).
F) Una Administración *jerarquizada*, como toda Administración formada por una pluralidad de órganos, pues a las Juntas Electorales superiores se atribuyen potestades de naturaleza indiscutiblemente jerárquica, como resolver reclamaciones y recursos contra las de inferior orden, cursar instrucciones de obligado cumplimiento o revocar de oficio cualesquiera de las resoluciones de las mismas, en los términos establecidos en el art. 19 LOREG.

Las Juntas Electorales son un modelo institucional garante de las elecciones libres. La permanencia, y por tanto la continuidad en el conocimiento de las cuestiones sometidas a su conocimiento, la alta cualificación de sus miembros (magistrados del Tribunal Supremo y catedráticos de Derecho y Ciencias Políticas de prestigio reconocido) y el propio modo de ejercicio de sus funciones por la Junta Electoral Central, que se ha concretado en una amplísima doctrina garante de la objetividad y limpieza de las elecciones, ha consolidado un modelo institucional indiscutido que asegura, desde una perspectiva finalista, la plena libertad e igualdad con que aquellas se han desarrollado. El resto de las Juntas Electorales, con pleno respeto de la supremacía de la Central, ha coadyuvado eficaz y eficientemente al mismo resulta-

do, no como árbitro del proceso electoral según criterios de equidad o sentido común, sino con arreglo a la ley y al Derecho, únicos dueños a los que las Juntas Electorales han servido, y, en consecuencia, al cuerpo electoral.

En fin las Mesas Electorales son el órgano primario de la Administración electoral que asume la misión fundamental de presidir, dirigir y controlar el proceso de emisión del voto por los electores, conservar el orden dentro del local, realizar el recuento (provisional) de los votos emitidos cumplimentando las actas correspondientes y, con carácter general, velar por la pureza y limpieza del sufragio en la jornada de votación.

En cada municipio se ha de constituir una Mesa Electoral, salvo que, por razón de la población, deban constituirse más con un máximo cada una de 2.000 electores y un mínimo de 500. Cada Mesa Electoral está formada por un presidente y dos vocales que, como sus respectivos suplentes, son elegidos por sorteo público realizado por el Pleno del Ayuntamiento; por tanto, nos encontramos ante una forma de participación directa de los ciudadanos en asuntos públicos. Los cargos son obligatorios, sin perjuicio del derecho de los designados a formular excusa, por causa justificada, para no acudir a su desempeño, que ha de resolver la Junta Electoral de Zona. Tienen la condición de funcionarios públicos el día de la votación.

En síntesis, esta Administración participativa, con gran protagonismo de los ciudadanos sin perjuicio de la garantía judicial y el auxilio técnico, merece una valoración muy positiva como garante de esas elecciones libres (McKenzie) que son uno de los signos de identidad de la democracia constitucional.

BIBLIOGRAFÍA

Arnaldo Alcubilla, E.: «La Administración electoral como Administración de garantía de las elecciones libres», en F. Pascua Mateo (dir.). *Estado democrático y elecciones libres: cuestiones fundamentales de Derecho Electoral*. Madrid: Civitas, 2010.

Arnaldo Alcubilla, E.; Delgado-Iribarren, M.: *Código Electoral*. 9.ª ed. Madrid: La Ley-El Consultor de los Ayuntamientos, 2019.

López Pintor, R.: Voz «Administración Electoral», en *Diccionario Electoral*. San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2017.

Pascua Mateo, F.: *La Administración Electoral*. Madrid: INAP, 2007.

Solozabal Echavarria, J. J.: «Una visión institucional del proceso electoral», en *Revista Española de Derecho Constitucional,* 39 (1993).

Enrique Arnaldo Alcubilla
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad Rey Juan Carlos
Letrado de las Cortes Generales

VER TAMBIÉN: CALIDAD DEMOCRÁTICA / CAMPAÑA ELECTORAL / CORTES GENERALES / DEMOCRACIA / ELECCIONES / PARTICIPACIÓN POLÍTICA / REPRESENTACIÓN POLÍTICA / SISTEMAS ELECTORALES / SUFRAGIO / VOTO ELECTRÓNICO

ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA

Como suele ocurrir con los conceptos relativamente nuevos, no es sencillo acuñar una definición generalmente aceptada de Administración electrónica. En el Diccionario del Español Jurídico se reenvía para ello a la voz «acceso electrónico a la Administración», al que se configura como el «derecho de los ciudadanos a utilizar medios electrónicos en sus relaciones con la Administración». Sin embargo, este enunciado no puede mantenerse, por lo que ahora se dirá, tras la entrada en vigor de las Leyes 39 y 40/2015, respectivamente, de procedimiento y de régimen jurídico de la Administración. Por ello, es preferible acudir a la definición acuñada por la Comisión Europea en 2003 como «el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en las Administraciones Públicas, combinado con cambios organizativos y nuevas aptitudes, con el fin de mejorar los servicios públicos y los procesos democráticos y reforzar el apoyo a las políticas públicas». No se trata, pues, tanto de un nuevo concepto de Administración Pública, cuanto de aprovechamiento de las nuevas tecnologías para mejorar la eficiencia de la Administración y facilitar sus relaciones con los ciudadanos.

Desde sus manifestaciones más tempranas con la aprobación de la Ley 30/1992, el extraordinario desarrollo de internet, las bases de datos o la identidad digital han permitido al legislador actual disponer como principio general de organización y funcionamiento de la Administración el hacerlo por medios electrónicos. Esta es la principal novedad de las citadas Leyes 39 y 40/2015, que han transformado el derecho de los ciudadanos a relacionarse con la Administración por medios electrónicos, reconocido en España desde la Ley 11/2007, en un derecho-deber, en función del cual la relación con la Administración por medios electrónicos es, como se ha señalado, la regla general. Así lo proclama el art. 3.2 de la Ley 40/2015, dentro de los principios generales de actuación administrativa, cuando señala que «Las Administraciones Públicas se relacionarán entre sí y con sus órganos, organismos públicos y entidades vinculados o dependientes a través de medios electrónicos, que aseguren la interoperabilidad y seguridad de los sistemas y soluciones adoptadas por cada una de ellas, garantizarán la protección de los datos de carácter personal, y facilitarán preferentemente la prestación conjunta de servicios a los interesados». En una línea similar, el art. 14 de la Ley 39/2015 regula, a los efectos del procedimiento administrativo, el derecho y obligación de relacionarse electrónicamente con las Administraciones Públicas, que a grandes rasgos supone que las personas jurídicas están obligadas a dicha relación electrónica, del mismo modo que las personas físicas que se encuentren en una relación cualificada con la Administración (empleados públicos, ejercientes de profesiones colegiadas, etc.) y, tendencialmente, todas aquellas respecto de las que quede acreditado que tienen acceso y disponibilidad de los medios electrónicos necesarios.

Lógicamente, esto obliga a la Administración, cuyo carácter servicial («sirve con objetividad los intereses generales», art. 103.1 CE), le exige asistir a los ciudadanos en la adaptación a los cambios que implica esta decisión. Así se establece en el art. 13 de la Ley 39/2015, que regula los derechos de estos a comunicarse con la Administración a través de un Punto de Acceso General electrónico;

a ser asistidos en el uso de medios electrónicos en sus relaciones con las Administraciones Públicas; a la obtención y utilización de los medios de identificación y firma electrónica y a la protección de sus datos de carácter personal. Con un sentido parecido, el procedimiento de elaboración de disposiciones normativas aprovecha las facilidades de la tecnología digital para desarrollar nuevos instrumentos de participación, como la consulta e información públicas, que se articulan a través de la difusión de los anteproyectos y proyectos correspondientes en internet y de la recepción por idéntico medio de las sugerencias y propuestas de los interesados y de cualquier ciudadano en general. Del mismo modo, la red es el cauce para que la Administración cumpla sus obligaciones de transparencia, tanto por medio de la publicidad activa, como en su modalidad de recepción y cumplimentación de las solicitudes de acceso a la información conforme a la Ley 19/2013 y sus homólogas autonómicas.

Desde una perspectiva organizativa, la Administración electrónica permite la celebración a distancia de las sesiones de los órganos colegiados de la Administración. Pero, sobre todo, le impone una serie de acciones para hacer posible su adecuado funcionamiento, tales como la creación de sedes electrónicas y portales de internet para la relación con los ciudadanos; el establecimiento de sistemas de firma electrónica tanto para la identificación de los ciudadanos como de las autoridades y funcionarios intervinientes en un procedimiento; o el reconocimiento de validez de actos automatizados –lógicamente previa identificación del órgano considerado como responsable a efectos de su impugnación– así como de los documentos intercambiados digitalmente entra las Administraciones en entornos cerrados de comunicación. Recientemente, y dentro del contexto de creciente preocupación por la ciberseguridad, el R.D.L. 14/2019 ha incorporado la obligación de mantener en territorio de la UE los sistemas de información y comunicaciones para la recogida, almacenamiento, procesamiento y gestión de datos sensibles, como son el censo electoral, los padrones municipales de habitantes y otros registros de población, datos fiscales y los datos de los usuarios del Sistema Nacional de Salud, así como los correspondientes tratamientos de datos personales.

Por supuesto, no todo es positivo y, al margen de las mencionadas preocupaciones por la ciberseguridad, la legislación de 2015 ha encontrado críticas acertadas en la regulación que contiene sobre el régimen de notificaciones personales, que se pretenden llevar en la mayor parte de los casos a su modalidad electrónica en lugar de a través del papel tradicional. El problema surge cuando la Administración queda simplemente obligada a poner a disposición del interesado la notificación en la sede electrónica, presuponiéndose su rechazo –con la consecuencia de dar por cumplido el trámite como si en efecto se hubiera recibido– si aquel no accede a su contenido en el plazo de diez días.

***

A pesar de ello, la digitalización de toda la actividad puramente gerencial de la Administración es un desafío seguramente inevitable. Baste el ejemplo de la crisis sanitaria generado por la COVID 19 para comprobarlo. Medidas como la implantación del teletrabajo como forma preferente de desempeño por parte de los empleados públicos, o la celebración telemática de sesiones por parte de los órganos colegiados, incluso en el máximo nivel jerárquico como el Consejo de

Ministros –para lo que el R.D.L. 7/2020 ha añadido una disposición adicional, la tercera, a la Ley del Gobierno– o los Consejos de gobierno autonómicos han evitado la parálisis total de la Administración. Incluso en ámbitos en los que la actuación administrativa ha sido claramente prestacional se ha acudido a fórmulas de administración electrónica. El ejemplo paradigmático es la enseñanza, donde ya el art. 9.2 del R.D. 463/2020 estableció que durante el período de suspensión de clases se mantendrían las actividades educativas a través de las modalidades a distancia y «on line», siempre que resultara posible, lo que solo se ha logrado de forma parcial y gracias al ingente esfuerzo de docentes, alumnos y –en el caso de los de menor edad– padres. De un modo más tardío pero también elocuente, el R.D.L. 16/2020, de medidas procesales y organizativas para hacer frente a la COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, contempla todo un capítulo dedicado a cuestiones organizativas y tecnológicas, entre las que destaca la atención a interesados preferentemente por teléfono o correo electrónico y, sobre todo, la realización de vistas y otros actos procesales –con la excepción del orden penal para delitos graves– mediante presencia telemática. Para el ámbito privado, el art. 41 del R.D.L. 8/2020 facilita durante 2020 la celebración de juntas generales de accionistas y de sesiones del consejo de administración de las sociedades cotizadas por medios telemáticos incluso cuando esta posibilidad no esté prevista en sus estatutos. A nadie escapa que, de consolidarse esta tendencia, tendría repercusiones indudables en la estructura del empleo público en las Administraciones españolas, puesto que se requerirían seguramente en mayor proporción técnicos superiores con habilidades digitales, mientras que el personal subalterno e incluso el administrativo deberían reconvertirse y adecuar su dimensión a una Administración sin papeles.

***

Por lo que respecta a los retos futuros de la Administración electrónica, estos son tan numerosos como los que afronta la tecnología subyacente. Si esta previsiblemente se va a centrar en el desarrollo del *big data*, en especial cuando se extienda el uso de las nuevas conexiones 5G, con el aumento exponencial de la capacidad de tráfico de la red que conllevará; en la inteligencia artificial y las posibilidades de los registros basados en *blockchain* y los *smartcontracts*, la Administración deberá adaptarse no solo a regular y, en su caso, supervisar sus usos, sino también a obtener el máximo rendimiento que sea compatible con los derechos fundamentales de los ciudadanos, en especial los de protección de datos. Por esta razón, en un futuro cercano asistiremos a la utilización del *big data* para regular en tiempo real el acceso en vehículo particular a las grandes ciudades, para comprobaciones fiscales o para la trasmisión de los datos médicos de un paciente para una intervención médica a distancia. O podremos ser testigos del establecimiento de sistemas de arbitraje automatizados, que permitan reducir la afluencia de casos sencillos y repetitivos a los órganos jurisdiccionales o de la implantación de robots digitales para la supervisión de operaciones algorítmicas de alta frecuencia en los mercados de valores. O, en fin, de sistemas de registros distribuidos para la conservación de datos o incluso la emisión de «cripto euros», como moneda oficial basada en la tecnología de encriptación distribuida, sin olvidar la tentación aún no abandonada de prever sistemas de participación política a través de la tecnología, incluso como alternativa a la siempre aburrida (pero por ello mismo

merecedora de constante defensa) democracia representativa. Que esto se lleve a cabo en entornos seguros, libres de manipulaciones indeseadas y respetuosos con la democracia liberal es exigencia inexcusable de la buena política.

BIBLIOGRAFÍA

Fernández, T. R.: «Una llamada de atención sobre la regulación de las notificaciones electrónicas en la novísima Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas», en *Revista de Administración Pública*, 198 (2015).

Guillén Caramés, J.: *La Administración Electrónica: ¿mito o realidad para los ciudadanos del siglo XXI?* Madrid: Centro PwC & IE del Sector Público, 2010.

Pascua Mateo, F.: «La Administración electrónica en las nuevas Leyes de régimen jurídico y procedimiento», en *Asamblea. Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 34 (2016).

— «Fintech: desafíos regulatorios de un mercado emergente», en *Revista de privacidad y Derecho digital*, 8 (2017).

Rubio Fernández, R.: «Blockchain: gobierno y democracia», en P. García Mexía, dir., *Criptoderecho. La revolución de blockchain*. Madrid: Wolters-Kluwer, 2018.

Fabio Pascua Mateo
Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense
Letrado de las Cortes Generales
Secretario General del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid

VER TAMBIÉN: ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO / ADMINISTRACIONES PÚBLICAS / AGENDA DIGITAL / BIG DATA / BUENA ADMINISTRACIÓN / BUROCRACIA / DERECHO ADMINISTRATIVO / FUNCIÓN PÚBLICA / LEGALIDAD (Principio de) / ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA / PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO / PROTECCIÓN DE DATOS / SECTOR PÚBLICO / VOTO ELECTRÓNICO

ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO

La Ley provisional de Administración y Contabilidad de la Hacienda, de 13 de junio de 1870, y la posterior Ley de la Hacienda Pública, de 4 de julio de 1911, parecen concebir la Administración como acción de administrar a cargo de la Hacienda Pública, aunque el artículo 7 de la última habla de *los agentes de la Administración* con un sentido más subjetivo. La Hacienda era, en buena medida, omnicomprensiva de lo que hoy entendemos por Administración estatal.

La Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, aprobada por Decreto de 26 julio de 1957, en su artículo primero, ya ofrece una visión personalizada de la Administración del Estado, «constituida por órganos jerárquicamente ordenados, [que] actúa para el cumplimiento de sus fines con personalidad jurídica única». Dicha norma, en el artículo segundo, establecía que «los órganos superiores de la Administración del Estado son: el jefe del Estado, el Consejo de Ministros, las Comisiones Delegadas, el presidente del Gobierno y los ministros» y «todos los demás órganos y autoridades dé la Administración del Estado se hallan bajo la dependencia del jefe del Estado, del presidente del Gobierno o del ministro correspondiente…»

La más moderna, pero también derogada, Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, en su primer precepto, anunciaba la regulación, «en el marco del régimen jurídico común a todas las Administraciones Públicas [art. 149.1. 18.ª CE], la organización y el funcionamiento de la Administración General del Estado y los Organismos públicos vinculados o dependientes de ella, para el desarrollo de su actividad». Se añadía, como ya hacía el texto preambular de la Ley, el adjetivo «General» a la expresión «Administración del Estado», incluso denominada «Administración Central», en algún artículo de la Ley de 1957, pese a que, por entonces, solo coexistía con una débil Administración local. La Ley 6/1997, en su artículo 2.º, precisaba que «la Administración General del Estado, bajo la dirección del Gobierno y con sometimiento pleno a la ley y al Derecho, sirve con objetividad los intereses generales, desarrollando funciones ejecutivas de carácter administrativo», añadiéndose, en la línea de cuarenta años antes, que «la Administración General del Estado, constituida por órganos jerárquicamente ordenados, actúa con personalidad jurídica única».

La Ley 6/1997, también distinguía entre principios de organización (jerarquía; descentralización funcional; desconcentración funcional y territorial; economía, suficiencia y adecuación estricta de los medios a los fines institucionales; simplicidad, claridad y proximidad a los ciudadanos y coordinación) y principios de funcionamiento (eficacia; programación y desarrollo de objetivos y control de la gestión; responsabilidad; racionalización y agilidad de los procedimientos administrativos; servicio efectivo a los ciudadanos; objetividad y transparencia y cooperación y coordinación con las otras Administraciones Públicas).

En una línea similar, la vigente Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, fija, en su primer artículo, el objeto de la regulación en el establecimiento de «las bases del régimen jurídico de las Administraciones Pú-

blicas, los principios del sistema de responsabilidad de las Administraciones Públicas y de la potestad sancionadora, así como la organización y funcionamiento de la Administración General del Estado y de su sector público institucional para el desarrollo de sus actividades». En el artículo 2 –conflictivo en cuanto a la resbaladiza consideración de las universidades públicas–, se enumeran las entidades que constituyen el sector público, empezando, justamente, por la Administración General del Estado y siguiendo por las Administraciones de las Comunidades Autónomas, por las entidades que integran la Administración local, y por el sector público institucional. Este último comprende a cualesquiera organismos públicos y entidades de Derecho público vinculados o dependientes de las Administraciones Públicas, pero también a las entidades de Derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas que quedarán sujetas a los principios previstos en el artículo 3 (similares a los de la Ley de 1997, añadiéndose, entre otros, la lealtad institucional), y en todo caso, cuando ejerzan potestades administrativas, así como a las citadas universidades públicas «que se regirán por su normativa específica y supletoriamente por las previsiones de la presente Ley». Obviamente, dentro del sector público, tienen la consideración de Administraciones Públicas la Administración General del Estado, la autonómica y la local, así como los organismos públicos y entidades de Derecho público dependientes de las antedichas Administraciones. En fin, el artículo 3.4 reitera que «cada una de las Administraciones Públicas (…) actúa para el cumplimiento de sus fines con personalidad jurídica única».

En lo tocante a la estructura de la Administración General del Estado, esta, conforme al artículo 55, responde a los principios de división funcional en Departamentos ministeriales y de gestión territorial integrada en Delegaciones del Gobierno en las Comunidades Autónomas.

La Administración General del Estado comprende: a) La organización central, que integra los Ministerios y los servicios comunes; b) La organización territorial y c) La Administración General del Estado en el exterior.

En la organización central se distingue, como ya hacía la normativa anterior, entre órganos superiores y directivos. Los primeros son únicamente, los ministros y los secretarios de Estado. Diversamente, son órganos directivos los subsecretarios y secretarios generales; los secretarios generales técnicos y directores generales y, por último, los subdirectores generales (que no tendrán la consideración de alto cargo).

En la organización territorial de la Administración General del Estado son órganos directivos tanto los delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas, que tendrán rango de subsecretario, como los subdelegados del Gobierno en las provincias, los cuales tendrán nivel de subdirector general.

Finalmente, en la Administración General del Estado en el exterior son órganos directivos los embajadores y representantes permanentes ante organizaciones internacionales.

En el caso de la Administración no territorial, serán los estatutos de los organismos públicos los que determinen sus respectivos órganos directivos, su consideración y si agotan, o no, la vía administrativa.

Los ministros y secretarios de Estado son nombrados a propuesta del presidente del Gobierno, de acuerdo con lo establecido

en el artículo 100 CE, en la Ley 50/1997, del Gobierno, y en la Ley 3/2015, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado.

Conforme a los artículos 57 a 60 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, la Administración General del Estado se organiza en Presidencia del Gobierno y en Ministerios, correspondiendo a cada uno de ellos uno o varios sectores funcionalmente homogéneos de actividad administrativa. Excepcionalmente, se prevé –fuera del puro marco del principio de jerarquía– que puedan crearse órganos superiores o directivos u organismos públicos no integrados o dependientes, respectivamente, en la estructura general del Ministerio, que se adscriban directamente al ministro.

La determinación del número, la denominación y la competencia de los Ministerios y las Secretarías de Estado se establecen mediante real decreto del presidente del Gobierno, con lo que se pone fin a un originario supuesto de deslegalización: la ley fijaba el número y nombre de los Departamentos, pero, posteriormente, se permitía su cambio por disposición administrativa.

Los ministros son los jefes superiores del Departamento y superiores jerárquicos directos de los secretarios de Estado y subsecretarios. Los órganos directivos dependen de alguno de los anteriores y se jerarquizan entre sí de la siguiente forma: subsecretario, director general y subdirector general. Los secretarios generales (órganos potestativos, como los secretarios de Estado), tienen categoría de subsecretario y los secretarios generales técnicos tienen categoría de director general. Las Secretarías de Estado, y Secretarías generales, pueden crearse para la gestión de un sector de actividad administrativa y de ellas dependerán jerárquicamente los órganos directivos que se les adscriban.

Son, diversamente, órganos preceptivos, la Subsecretaría, y dependiendo de ella una Secretaría General Técnica, para la gestión de los servicios comunes del Ministerio.

Las Direcciones generales, también preceptivas, aunque variables en número, son los órganos de gestión de una o varias áreas funcionalmente homogéneas y se organizan en Subdirecciones generales para la distribución de sus competencias.

Las Subsecretarías, las Secretarías generales, las Secretarías Generales Técnicas, las Direcciones generales, las Subdirecciones generales, y órganos similares a los anteriores se crean, modifican y suprimen por real decreto del Consejo de Ministros, a iniciativa del ministro interesado y a propuesta del ministro competente en materia de Administraciones Públicas.

Los órganos de nivel inferior a Subdirección general se crean, modifican y suprimen por orden del ministro respectivo, previa autorización del ministro competente en materia de Administraciones Públicas, y las unidades que no tengan la consideración de órganos se crean, modifican y suprimen a través de las relaciones de puestos de trabajo.

BIBLIOGRAFÍA

Campos Acuña, M.ª C., dir.: *Comentarios a la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público*. Madrid: El Consultor-Wolters Kluwer, 2017.

CARBONELL PORRAS, E.: «La Administración General del Estado», en T. Cano Campos (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo*. Madrid: Iustel, 2009.
GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *La Administración española*. Pamplona: Thomson-Civitas, 2007.

Leopoldo TOLIVAR ALAS
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Oviedo

VER TAMBIÉN: ADMINISTRACIÓN ELECTORAL / ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA / ADMINISTRACIÓN LOCAL / ADMINISTRACIÓN PARLAMENTARIA / ADMINISTRACIÓN PÚBLICA / BUROCRACIA / CIENCIA DE LA ADMINISTRACIÓN / COMUNIDADES AUTÓNOMAS / CONTRATOS PÚBLICOS / DERECHO ADMINISTRATIVO / ESTADO NEUTRAL / EXPROPIACIÓN FORZOSA / JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA / LEGALIDAD / ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA / PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO / REGLAMENTO ADMINISTRATIVO / SANCIONES ADMINISTRATIVAS / SECTOR PÚBLICO

ADMINISTRACIÓN LOCAL

Aunque la CE (art. 137) enumera directamente municipios y provincias como piezas de la organización territorial del Estado, engloba luego dichas entidades –al titular el capítulo que dedica a su escueta regulación– en la que denomina «Administración local». Si bien ni la acuña (ya estaba en las LJCA anterior y actual y en las leyes de procedimiento y régimen jurídico) ni la precisa (pues no la vuelve a utilizar), es clara la función que esta expresión cumple: la de nombre genérico de un tipo diferenciado de poder público administrativo que, si internamente articulado en entidades no idénticas (la municipal y la provincial o, en su caso, la territorial foral (DA 1.ª CE) y la insular (art. 141.4 CE), viene determinado por la notas de autonomía(«decir régimen local es decir autonomía»: preámbulo Ley 7/1985) y articulación sobre el principio democrático (representatividad directa o indirecta de las instituciones correspondientes) y está dotado, por ello, de un régimen jurídico específico (cabalmente el régimen local) inscrito en el común a todas las Administraciones Públicas *ex* art. 149.1.18.ª CE. Esta opción constitucional responde al modelo consagrado en la Carta Europea de autonomía local de 1985, suscrita y ratificada por España, y supone la expresa y directa determinación constitucional de las aludidas entidades como elementos necesarios de la organización territorial del Estado.

Sin perjuicio de su carácter problemático, la autonomía local es:

A) Un principio general organizativo caracterizador de un modelo de Estado (cabalmente calificado como «de las autonomías», en plural) en el que la Administración local se ofrece como el arquetipo mismo bien de la autoadministración, bien de la Administración participada, que desempeña la función, en el seno del Estado, de Administración ordinaria o común. Así resulta de la combinación del principio de descentralización de la actuación del poder público administrativo en su conjunto (art. 103.1 CE) y el derecho fundamental de participación en los asuntos públicos (art. 23.1 CE) con la exigencia por la autonomía de la atribución a las entidades locales de las competencias precisas para la gestión de sus respectivos intereses. Que esto deba ser constitucionalmente así, no quiere decir que lo sea legislativamente y, por tanto, en la práctica (en la que el orden constitucional dista de hacerse efectivo en todas sus consecuencias lógicas).

B) Una garantía institucional (SSTC 32/1981 y 27/1987) que protege frente a cualquier legislador el contenido constitucionalmente declarado de la autonomía (el núcleo primario del autogobierno): el que resulta del contenido prescriptivo, expreso o implícito, de los arts. 137, 140 y 141 CE. La entrega del régimen de las entidades locales al legislador ordinario (correspondiendo al Estado en sentido estricto el de carácter básico y a las Comunidades Autónomas el de desarrollo) y la restricción de la garantía constitucional al núcleo del autogobierno local hacen que el régimen local básico y la autonomía garantizada no sean coextensos, pues el primero, además de establecer el marco definitorio del autogobierno constitucionalmente declarado, debe regular y regula los restantes aspectos propios de dicho régimen (lo que hace

actualmente la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local). El régimen local es, por esta razón, «bifronte» (SSTC 84/1982, 331/1993 y 7/2013), lo que significa: la Administración local tiene una posición propia en la organización territorial del Estado, no estando completamente inscrita en la arquitectura interna ni del Estado central, ni de la correspondiente Comunidad Autónoma; solución esta híbrida entre la normal en los Estados centralizados o unitarios (Portugal, Francia, Grecia) y en los Estados federales (Alemania, Bélgica).

No obstante su relevancia constitucional, la autonomía de la Administración local no ha dispuesto de mecanismos efectivos de defensa frente a eventuales vulneraciones por normas de rango legal estatales o autonómicas. Este déficit se ha superado, si bien no del todo satisfactoriamente, en 1999, mediante la introducción en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional del conflicto en defensa de la autonomía local, que puede concluir con la declaración de la existencia de vulneración de la autonomía local garantizada, pero que únicamente puede conducir a la anulación de la norma legal correspondiente si el Pleno del Tribunal se plantea la cuestión de la inconstitucionalidad de dicha norma.

El edificio de doble planta «Administración local», en el que la misión principal de la supramunicipal es –hasta ahora– la de suplir las deficiencias de la municipal, presenta serios problemas de adaptación a los requerimientos del presente y el futuro. Estos comienzan por su posición en la organización del Estado que –en el contexto del debate actual sobre la reforma del Estado autonómico–, consiste en su completa «interiorización» por las Comunidades Autónomas, es decir, su determinación como elemento propio de la arquitectura institucional interna de estas o, cuando menos, la disposición por ellas –especialmente en Cataluña, pero también en otras– de la pieza supramunicipal (en los archipiélagos parece cumplida en buena medida gracias al reconocimiento constitucional de su administración propia en forma de Cabildos o Consejos). Se trata de una cuestión aún abierta, cuya resolución solo puede tener lugar mediante reforma constitucional. La pertinencia de la subsistencia de la pieza supramunicipal común en el territorio peninsular –la provincia– se ha puesto igualmente en cuestión desde el punto de vista de su consideración como instancia territorial disfuncional y, por tanto, innecesaria (con el argumento añadido de que sobrecarga la organización territorial), pero –como demuestra la no desaparición de esta pieza tras las reformas locales llevadas a cabo en Europa en el siglo XX y, sobre todo, la incapacidad política continuada a lo largo del tiempo para la reestructuración del nivel municipal que haría necesaria– tal planteamiento no justifica tanto la supresión como la actualización de la demarcación, el gobierno (dotándolo, por ejemplo, de representatividad directa) y, sobre todo, la administración (dotándola de la capacidad gestora precisa), con la correspondiente dotación competencial y recursos financieros.

No siendo plausible, pues, la supresión de la organización interna en doble nivel de la gestión de los asuntos locales, el reto quizás más importante de entre los que tiene pendientes, desde hace tiempo, la Administración local es su acomodación a la evolución social y económica que ha transformado el asentamiento territorial de la población (generando, tanto una España urbanizada y con grandes aglomeraciones urbanas, como una España esencialmente rural y en proceso de vaciamiento) y, por tanto, las necesidades de la ciuda-

danía en servicios esenciales para la calidad de vida, cuya satisfacción adecuada requiere de las estructuras administrativas justamente locales potencia económico-financiera y de gestión. La extraordinaria revitalización experimentada por la Administración local, especialmente, en su nivel municipal, en la actual época constitucional, que ha producido más que apreciables frutos, está llegando –si es que no lo ha hecho ya– al límite de sus posibilidades. Lamentablemente, si no se ha conseguido avanzar en el reajuste del nivel supramunicipal, menos cabe esperar aún que, superando la crónica incapacidad política al efecto, pueda llegar a abordarse en la medida precisa la reforma que viene requiriendo –como condición de eficacia de la Administración local como un todo– la planta municipal y, con ella, el gobierno y la administración –bien dotados de medios personales y financieros– de los municipios. El reciente, significativo y frustrado (salvo por lo que hace a la contención del déficit y el equilibrio presupuestario locales) intento en 2013 de «racionalización» de la Administración local otorga una base más que sólida a tal pronóstico.

BIBLIOGRAFÍA

Carrillo Donaire, J. A.; Navarro Rodríguez, P., coords.: *La reforma del régimen jurídico de la Administración local: el nuevo marco regulatorio a la luz de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local*. Madrid: El Consultor de los Ayuntamientos, 2014.

Fanlo Loras, A.: *Fundamentos constitucionales de la autonomía local*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

Fuenteaja Pastor, J. A.; Fernández Rodríguez, C., dirs.: *Manual de Derecho local*. Madrid: Iustel, 2010.

Font i Llovet, T.; Galán y Galán, A.: «Los retos actuales del gobierno local: repolitización, diversificación e interiorización», en *Anuario del Gobierno Local*, 24 (2014).

Parejo Alfonso, L.: *Derecho básico de la Administración Local*. Barcelona: Ariel, 1988.

— *Garantía institucional y autonomías locales*. Madrid: Instituto de Estudios de la Administración Local, 1981.

Luciano Parejo Alfonso

Catedrático Emérito de Derecho Administrativo

Universidad Carlos III de Madrid

VER TAMBIÉN: ADMINISTRACIONES PÚBLICAS / COMUNIDADES AUTÓNOMAS (COMPETENCIAS) / DERECHO ADMINISTRATIVO / MUNICIPIO Y AYUNTAMIENTO / ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA / PARTICIPACIÓN POLÍTICA / PROVINCIA Y DIPUTACIÓN / SECTOR PÚBLICO

ADMINISTRACIÓN PARLAMENTARIA

Hablar de Administración parlamentaria es hablar de autonomía del Parlamento. El viejo postulado revolucionario de la división de poderes, teorizado por Locke y Montesquieu, conlleva como consecuencia ineludible la autonomía del Legislativo frente al Ejecutivo. Un Parlamento con capacidad y medios para autoorganizarse dentro del imperio de la ley dispone de una estructura administrativa propia, imparcial y profesionalizada, apolítica y permanente, que es el soporte instrumental para el desarrollo de su labor legislativa, de control del Ejecutivo y de aprobación del Presupuesto.

Como indica Bassols Coma, ausente el Rey, la autonomía parlamentaria se abrió paso en las Cortes de Cádiz en un contexto cuasi asambleario que permitió que estas asumieran «una integral potestad de autoorganización sin precedentes». Por Decreto de 1811 se creó la primera estructura administrativa parlamentaria, una Secretaría de Estado con el título de Secretaría de las Cortes, compuesta por cinco oficiales de Secretaría y un oficial archivero.

Continuando con esta tradición bicentenaria, el art. 72 de la Constitución Española de 1978 dispone que las Cámaras, de común acuerdo, regulan el Estatuto de Personal de las Cortes Generales. Y, en consonancia, el art. 60 del Reglamento del Congreso de los Diputados señala que dispondrá de los medios personales y materiales necesarios para el desarrollo de sus funciones.

La Constitución prevé, pues, que exista un personal común para las dos Cámaras, que se rige por una norma interna propia, distinta de la del personal al servicio del Ejecutivo, el Estatuto de Personal de las Cortes Generales, aprobado por las Mesas del Congreso y del Senado en reunión conjunta de 27 de marzo de 2006.

El Tribunal Constitucional en su sentencia 139/1988, de 8 de julio, afirmó que la Constitución establece una reserva formal y material a favor del Estatuto y, por lo tanto, este es una norma vinculada directamente a la Constitución, un acto normativo primario que goza de efectiva fuerza de ley, al menos en su vertiente pasiva, y posee valor de ley.

El personal que se rige por este Estatuto está esencialmente formado por funcionarios de carrera, con una relación estatutaria de servicios profesionales y de carácter permanente, seleccionados, reclutados y retribuidos directamente por las Cortes Generales y que adquieren su condición en virtud de nombramiento legal, tras superar, siempre, la correspondiente oposición por convocatoria pública.

También se integra en la Administración parlamentaria un reducido número de personal laboral y, para el desempeño de funciones no atribuidas estatutariamente a los cuerpos de funcionarios de las Cortes, esencialmente de seguridad, las Cámaras pueden solicitar al Gobierno la adscripción de personal perteneciente a cuerpos de la Administración General del Estado.

Los parlamentarios también han de contar con asesoramiento de confianza política, diferente y separado del apoyo institucional que lleva a cabo la Administración parlamentaria. Este asesoramiento se

presta por el personal que contrata cada Grupo parlamentario, así como por el personal eventual que contrata cada Cámara para estos, siguiendo cupos de representación proporcional al Pleno, nombrado por criterios de confianza política y que cesa automáticamente al cesar el titular político del órgano al que apoyan. Este personal no puede ejercer las funciones que cada cuerpo de la Administración parlamentaria tiene reservadas en exclusiva en el Estatuto.

Los cuerpos de funcionarios en que se organiza la Administración parlamentaria son siete: letrados, archiveros-bibliotecarios, asesores facultativos, redactores taquígrafos y estenotipistas, técnico-administrativo, administrativo y ujieres.

Los funcionarios parlamentarios se sujetan en lo relativo a derechos, deberes, situaciones administrativas, competencias y régimen disciplinario a las normas parlamentarias propias establecidas en el Estatuto. La formación específica y el régimen de disponibilidad especial que se requiere en la función pública parlamentaria no la alejan en sus principios esenciales de los que rigen en la función pública del Ejecutivo.

La Administración parlamentaria se organiza en las Secretarías Generales del Congreso y del Senado así como en la Secretaría Técnica de la Junta Electoral Central, también atendida por funcionarios parlamentarios. Además, existen centros directivos comunes a las dos Cámaras que integran la estructura propiamente dicha de las Cortes Generales.

Cada Secretaría General tiene una plantilla que es aprobada por la Mesa de su Cámara. Al frente se sitúan el letrado-secretario general del Congreso de los Diputados, que es también letrado mayor de las Cortes y secretario de la Junta Electoral Central, y el letrado mayor del Senado, nombrados entre miembros del cuerpo de letrados con más de cinco años de servicios efectivos.

Las competencias en materia de personal se ejercen por los presidentes, a los que la Constitución atribuye el ejercicio de todos los poderes administrativos en nombre de las Cámaras, y por las Mesas. En un sentido amplio, la Presidencia y la Mesa son también órganos de la Administración parlamentaria, si bien de naturaleza política. El pluripartidismo de la Mesa y de todos los órganos políticos del Parlamento imprime una horizontalidad singular a su gestión administrativa, y convierte a su Administración en garante de las minorías representativas.

Dependiendo del secretario general se estructuran dos Secretarías Generales Adjuntas (letrados mayores adjuntos en el Senado): una asume, a través de distintos centros directivos, la gestión de los asuntos parlamentarios, y la otra coordina las direcciones que gestionan los asuntos propiamente administrativos.

Como asesores jurídicos del Parlamento, los letrados de las Cortes Generales velan por el procedimiento legislativo y son depositarios del acervo de usos y precedentes parlamentarios, la «jurisprudencia intraparlamentaria» en términos de Martínez-Elipe, cuya importancia en el Derecho Parlamentario ha sido estudiada por toda la doctrina clásica europea y reconocida por nuestro Tribunal Constitucional. En concreto, los letrados redactan los textos que formalizan jurídicamente los acuerdos de las Cámaras, representan y defienden a las mismas ante los órganos jurisdiccionales y el TC y contribuyen, en lo posible, a la mejora técnica de las leyes.

El ámbito material de actuación de la Administración parlamentaria viene deter-

minado por su carácter eminentemente instrumental respecto de los órganos políticos de las Cámaras. La Administración parlamentaria no gestiona políticas públicas para el ciudadano, sino que opera de puertas adentro para hacer posible que los órganos políticos parlamentarios ejecuten su misión constitucional. Es paradigmático que el único programa presupuestario de la Sección 02 de los Presupuestos Generales del Estado, Cortes Generales, se denomine «Actividad Legislativa».

La gestión interna de los medios materiales y personales adscritos al desarrollo de las funciones del Parlamento no se sujeta al Derecho Administrativo común sino que, en el marco de los principios que inspiran la gestión administrativa del Ejecutivo, se sujetan a su normativa específica (disp. ad. 5.ª Ley 39/2015). En la evolución del tráfico jurídico de la Administración parlamentaria desde la Constitución, se constata que mientras la autonomía normativa en materia de personal quedó rápidamente asentada con la aprobación del primer Estatuto de Personal en 1983 y las precisiones que sobre el mismo hizo el TC en 1988, y la autonomía presupuestaria fue correctamente recogida y distinguida de la del resto de órganos constitucionales mediante la exclusión de las Cortes del ámbito de aplicación de la Ley General Presupuestaria (art. 2.3 Ley 4/2003), en el ámbito de la contratación la progresión ha sido diferente. Desde el año 2007, por imperativo homogeneizador del Derecho de la UE, las sucesivas leyes de contratación pública han previsto que las Cortes «ajusten» su actividad a las normas en ellas previstas para las Administraciones Públicas. Y es en el margen de ajuste o adaptación (disp. ad. 44.ª Ley 9/2017 y disp. ad. 1.ª Ley 25/2013), donde se desarrolla la autonomía presupuestaria de las Cortes en su vertiente contractual.

En este tráfico jurídico administrativo, a pesar de las aportaciones doctrinales de Garrido Falla y Santamaría Pastor, *de lege data* las Cámaras continúan careciendo de personalidad jurídica propia, si bien sus actos y disposiciones son, como pragmáticamente propuso García de Enterría, susceptibles de enjuiciamiento por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (art. 58 LOPJ) y de recurso de amparo si violan los derechos y libertades susceptibles de tal protección (art. 42 LOTC), correspondiendo su representación y defensa a los letrados de las Cortes Generales (art. 551.2 L.O. 6/1985).

En conclusión, la Administración parlamentaria existe para auxiliar a la alta función representativa que ostentan los parlamentarios, y con su imparcialidad contribuye cada día a vertebrar nuestra democracia. Su reducido tamaño, uno de los más reducidos de Europa en proporción al número de parlamentarios, le ha permitido afrontar ágilmente los retos tecnológicos, de transparencia y de participación ciudadana que la realidad impone a las Cortes Generales.

BIBLIOGRAFÍA

Garrido Falla, F.: «La Administración Parlamentaria», en *I Jornadas de Derecho Parlamentario*. Madrid: Congreso de los Diputados, 1985.

Martínez-Elipe, L.: *Introducción al Derecho Parlamentario*. Pamplona: Aranzadi, 1999.

Moreno Fernández-Santa Cruz, M.: «La autonomía del personal de las Cortes Generales», en *Revista de las Cortes Generales*, 105 (2018).

Pendás García, B.: «Administración parlamentaria», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid: Civitas, 1995. (T. I)

Pérez-Serrano Jáuregui, N.: «En un lugar de las Cortes», en *Cuadernos del Congreso de los Diputados*, (2009).

Ripollés Serrano, M.ª R.: «La autonomía administrativa en las Cortes Generales», en *I Jornadas de Derecho Parlamentario*. Madrid: Congreso de los Diputados, 1985.

Santaolalla López, F.: *Derecho parlamentario español*. Madrid: Dykinson, 2019.

Santos Canalejo, E. de: «Evolución y retos de la Administración parlamentaria en las Cortes Generales», en *Revista de las Cortes Generales*, 105 (2018).

Valls Alguacil, M. L.: «Decíamos ayer: una mirada a la Administración parlamentaria en la Constituyente», en *Revista de las Cortes Generales*, 105 (2018)

VV. AA.: *Bicentenario de la Secretaría y del Cuerpo de Letrados de las Cortes 1811-2011*. Madrid: Congreso de los Diputados, 2011.

[Ver también los textos de E. Pierre, E. May, S. Tosi y otros para el Derecho comparado]

Isabel Revuelta de Rojas
Letrada de las Cortes Generales
Directora de Intervención del Congreso de los Diputados

VER TAMBIÉN: ADMINISTRACIÓN ELECTORAL / COMISIONES PARLAMENTARIAS / CONGRESO DE LOS DIPUTADOS / CORTES GENERALES / FUNCIÓN PÚBLICA / JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA / PARLAMENTOS / PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO / REGLAMENTO PARLAMENTARIO / SENADO / TÉCNICA NORMATIVA

ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

En todas las comunidades humanas los titulares del poder político han dispuesto siempre de organizaciones, más o menos extensas y estructuradas, de las que se han valido para llevar a la práctica sus determinaciones. En un sentido amplio e inespecífico, pues, *ubi societas, ibi administratio.* La emergencia histórica de la Administración contemporánea, sin embargo, tal como la entendemos en el mundo occidental, es fruto de un proceso cuyo origen puede identificarse en la Revolución francesa y que solo se desarrolla gradualmente en el marco de la división de poderes. Veamos cuáles son, desde la perspectiva jurídica, la noción, de perfiles ciertamente difusos, y los rasgos esenciales de las Administraciones Públicas (AAPP) en España.

No existe en nuestro ordenamiento una definición jurídico-positiva general de las AAPP. Más aun, las diversas Leyes que enumeran, a sus respectivos efectos, las entidades a las que se atribuye tal condición no son totalmente coincidentes (arts. 2.3 de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 2.3 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público, 1.2 de la Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, 3.2 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, 2 de la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, 3 de la Ley 38/2003, General de Subvenciones, 2.1 de la Ley Orgánica 2/2012, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, y 2.1 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por R. D. L 5/2015). Ello no obstante, sí es posible inferir un concepto, eminentemente jurídico-constitucional (arts. 97, 103.1 y 106.2 de la Constitución): organizaciones dotadas de personalidad jurídica pública que, bajo la dirección del Gobierno en el ámbito estatal y de los Consejos de Gobierno en el ámbito autonómico, sirven con objetividad, así como con sometimiento pleno a la ley y al Derecho y bajo control judicial, los intereses generales.

Ante todo, las AAPP son organizaciones personificadas. Cada una tiene su propia personalidad jurídica (art. 3.4 LPAC) y en ello se diferencian de los órganos administrativos, que son unidades funcionales no personificadas integradas en el seno de aquellas (art. 5 LRJSP).

Así, en primer término, son AAPP los entes territoriales, que conjuntamente integran la denominada «Administración territorial»: la Administración General del Estado, las Administraciones generales de las 17 Comunidades Autónomas, las 40 provincias (en su condición de entidades locales) y los tres territorios históricos, las Ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, los algo más de 8.000 municipios y las islas en los archipiélagos balear y canario. También las demás entidades locales: comarcas, áreas metropolitanas y mancomunidades de municipios.

Por otra parte, con vinculación o dependencia respecto de los entes territoriales, existe una pléyade de entidades personificadas creadas para la realización de funciones propias de aquellos. Cuando revisten forma jurídico-pública de personificación, supuesto en el que son designadas genéricamente mediante las expresiones «entidades de Derecho público» o «entes públicos», las mismas se consideran AAPP, y conjuntamente integran la denominada «Administración institucional». Por el contrario, cuando se emplean

técnicas de personificación propias del Derecho privado, las entidades resultantes (sociedades mercantiles públicas, fundaciones del sector público, etc.) no tienen la condición de AAPP, sin perjuicio de que, en determinados ámbitos, como el contractual, puedan quedar sometidas a disposiciones iguales o similares a las aplicables a aquellas.

Por último, han de mencionarse las corporaciones de Derecho público a las que, por atribución normativa o por delegación de una AP, se encomienda el ejercicio de funciones públicas, las cuales típicamente se proyectan sobre sus propios miembros, en lo que debe verse una opción por la autoadministración democrática de sus intereses como alternativa a la heteroadministración burocrática de los mismos. Aunque, en la medida en que ejercen tales funciones, las mencionadas corporaciones (colegios profesionales, cámaras oficiales de comercio, industria, servicios y navegación, cofradías de pescadores, etc.) se rigen supletoriamente por la LPAC y son controladas por la jurisdicción contencioso-administrativo, lo que explica que en ocasiones se hable, de forma un tanto equívoca, de «Administración corporativa», las mismas no tienen tampoco la condición de AAPP.

En los ámbitos estatal y autonómicos, las AAPP se integran en el Poder Ejecutivo, estando sometidas a la dirección del Gobierno o del correspondiente Consejo de Gobierno. Desde tal perspectiva, puede afirmarse que, en algún sentido, son los formidables aparatos burocráticos a disposición del Gobierno, o del Consejo de Gobierno de que se trate, para la ejecución del programa político expuesto por su presidente ante el respectivo Parlamento y que mereció la confianza de este. Por el contrario, en el ámbito local no existe diferenciación orgánica entre los que, en los niveles territoriales superiores, serían el Legislativo y el Ejecutivo. Así, como se ha dicho expresivamente, el Estado y las Comunidades Autónomas *tienen* Administración, mientras que las entidades locales *son* Administración, lo que supone que, en el ámbito local, toda la organización pública es Administración Pública.

En todo caso, el Gobierno, salvo cuando obra en su condición de órgano constitucional o de órgano del Estado como sujeto de Derecho Internacional Público, actúa como órgano administrativo ubicado en el vértice de la organización piramidal administrativa, dictando actos administrativos e imputando su actuación a la AGE. Y lo mismo ocurre, *mutatis mutandis*, en el ámbito autonómico.

No obstante lo expuesto, existen AAPP verdaderamente tales que, por razones diversas, están exentas de la dirección política gubernamental: (i) las universidades públicas, que gozan de autonomía constitucionalmente garantizada (art. 27.10 CE); (ii) las autoridades administrativas independientes contempladas por los arts. 109 y 110 LRJSP (por ejemplo, Banco de España, Comisión Nacional del Mercado de Valores, Agencia Española de Protección de Datos o Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia), figura que fue inicialmente objeto de severo cuestionamiento, pero que hoy se ha consolidado, en ocasiones por imposición del Derecho europeo, no pareciendo imposible en absoluto, en la era de hipertrofia tecnocrática y de desvalorización de la política que nos ha tocado vivir, que continúe avanzándose en el proceso de su expansión, como medio de una pretendida neutralización política de la Administración; y (iii) la Administración Electoral (arts. 8 y sigs. LOREG), cuya independencia es presupuesto de la limpieza del proceso electoral y de la legitimidad de su resultado.

Por último, no son AAPP los pequeños aparatos burocráticos al servicio de los

órganos constitucionales y de relevancia constitucional o de sus equivalentes autonómicos de los que estos disponen como soporte para el ejercicio de sus funciones sustantivas, por más que la actuación «materialmente administrativa» de tales aparatos (en lo atinente a la gestión patrimonial y el personal a su servicio) se rija por disposiciones iguales o similares a las aplicables a las AAPP y se controle por misma jurisdicción.

Las AAPP actúan con objetividad, esto es, se hallan sujetas a la dirección política del Gobierno, pero no pueden discriminar a los ciudadanos en función de sus ideas políticas o de cualquier circunstancia personal o social, debiendo obrar de forma imparcial y no partidista, y con rigurosa observancia del ordenamiento. El efectivo cumplimiento de este mandato se garantiza, entre otros medios, mediante la profesionalización, reservando a una específica categoría de personal al servicio de las mismas, constituida por los funcionarios públicos (art. 103.3 CE), las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las AAPP (art. 9.2 TREBEP). Y es que, teniendo los funcionarios de carrera garantizada la inamovilidad en su condición (art. 14.a) TREBEP), están en condiciones de resistirse efectivamente a los eventuales requerimientos de realización de actuaciones arbitrarias o partidistas que pudieran recibir de las autoridades políticas.

Las AAPP actúan con sometimiento pleno a la ley y al Derecho. Ello parece hoy una obviedad, pero entraña una quiebra frontal del modelo del Rey *a legibus solutus* propio del Antiguo Régimen y supone que la Administración no puede, al actuar en un supuesto concreto, prescindir de las normas aplicables al mismo so pretexto de las hipotéticas exigencias del interés general o de la justicia material. El sometimiento a Derecho es, desde el punto de vista objetivo, pleno: no hay ámbito material ninguno en el que las AAPP estén «libres» del Derecho. Más aun, mientras que los particulares pueden hacer todo lo que el Derecho no les prohíba, las AAPP solo pueden hacer aquello que él les permita, habilitación que ordinariamente se produce a través de la atribución normativa de potestades: es la configuración del principio de legalidad (*rectius*, de juridicidad) de la Administración como vinculación positiva, la cual, no obstante haber sido atemperada por los tribunales, conserva toda su virtualidad.

Por otra parte, ese Derecho al que las AAPP se hallan sometidas es, en una parte muy importante de su actividad, un Derecho distinto del común aplicable a las relaciones *inter privatos*: el Derecho Administrativo, con justicia calificado como Derecho estatutario de las AAPP. Ello sin perjuicio de que los demás sectores del ordenamiento también sean aplicables a aquellas cuando así resulte procedente por razón de la naturaleza de las relaciones sustantivas de la que las mismas sean parte (así, el Derecho privado en los contratos privados de las AAPP).

Las AAPP están sometidas a control judicial. Nos hallamos ante un elemento estructural del Estado de Derecho: ninguna actuación u omisión administrativa está exenta de la posibilidad de ser fiscalizada por órganos judiciales independientes, que controlarán su conformidad a Derecho y su sometimiento a los fines que la justifican. Solo así los derechos e intereses legítimos de quienes resulten afectados podrán ser objeto de la tutela judicial efectiva que garantiza el art. 24.1 CE. Tal control se produce, cuando las AAPP obran con sujeción a Derecho Administrativo, por un orden jurisdiccional específico, que es el contencioso-administrativo. Ese control judicial tiene lugar *ex post*.

Esto es, las AAPP actúan, y quienes se consideren perjudicados por tal actuación están gravados por la carga de interponer recurso contra la misma. Y es que, en virtud de la prerrogativa de la autotutela, cuando la AP desee modificar respecto de un tercero la realidad jurídica, no necesita recabar la heterotutela judicial iniciando un juicio declarativo que concluya con una sentencia que realice tal modificación, sino que la propia AP lleva a cabo esta con efectos inmediatos, del mismo modo que, en caso de incumplimiento de sus declaraciones previas, no necesita iniciar un juicio ejecutivo, sino que puede proceder a la ejecución forzosa de aquellas con sus propios medios (arts. 38, 39 y 99 y sigs. LPAC). Todo ello sin perjuicio del ulterior control judicial, si se insta por el perjudicado.

Finalmente, las AAPP actúan al servicio de los intereses generales, supraordenados por principio a los particulares. Ello explica la atribución a aquellas, como requisito para que tales intereses resulten efectivamente satisfechos, de potestades que les confieren prerrogativas exorbitantes: la potestad reglamentaria, que les permite crear Derecho objetivo; la expropiatoria, que les permite sacrificar situaciones patrimoniales privadas, convirtiéndolas en su equivalente en dinero; la sancionadora, que les convierte en «jueces» de la legalidad de la actuación de los ciudadanos, etc. Naturalmente, el contrapeso inescindible es el sometimiento de su ejercicio a numerosos y relevantes límites, sustantivos y procedimentales (comprendidos los resultantes de la creciente participación ciudadana en la Administración), configurándose así, al menos tendencialmente, un característico equilibrio entre prerrogativas y garantías cuya consecución y mantenimiento debiera ser el objetivo básico del Derecho Administrativo mismo.

BIBLIOGRAFÍA

García de Enterría, E.: *Revolución Francesa y Administración contemporánea*. Madrid: Taurus, 1972.

García de Enterría, E.; Fernández, T.-R.: *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas, 2017. 2 t.

Santamaría Pastor, J. A.: *Fundamentos de Derecho Administrativo*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1988.

Juan José Lavilla Rubira
Abogado
Letrado de las Cortes Generales (excdte.)
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad Complutense

VER TAMBIÉN: ADMINISTRACIÓN ELECTORAL / ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA / ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO / ADMINISTRACIÓN LOCAL / ADMINISTRACIÓN PARLAMENTARIA / BUROCRACIA / COMUNIDADES AUTÓNOMAS / CONTRATOS PÚBLICOS / DERECHO ADMINISTRATIVO / ESTADO NEUTRAL / EXPROPIACIÓN FORZOSA / JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA / LEGALIDAD / ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA / PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO / REGLAMENTO ADMINISTRATIVO / SANCIONES ADMINISTRATIVAS / SECTOR PÚBLICO

AFORAMIENTO

Junto a la inviolabilidad y la inmunidad, el aforamiento es una de las prerrogativas que integran el estatuto jurídico peculiar de determinadas autoridades y cargos públicos por razones de interés general vinculadas a la necesidad de garantizar su libertad y autonomía de actuación y la de las instituciones a las que representan. El Tribunal Constitucional ha subrayado que inviolabilidad, inmunidad y aforamiento no constituyen privilegios contrarios a los principios de justicia e igualdad (STC 90/1985, FJ 6; 90/1995, FJ 6; y 123 y 124/2001, FJ 4), sino garantías jurídicamente vinculadas a la satisfacción de un interés institucional y permanente del ordenamiento consistente en preservar la independencia de la institución concernida en cada caso (STC 22/1997, FJ 5).

Aun cuando están dirigidas a esa finalidad común, las tres prerrogativas son conceptualmente distintas. La inviolabilidad supone la exención de responsabilidad de determinadas personas por las conductas desarrolladas durante el ejercicio de su cargo –inviolabilidad absoluta– o por algunas de ellos –relativa–, de forma que no podrán ser condenadas por tal concepto ni aun después de cesar en el mismo: se trata, por tanto, de una prerrogativa sustantiva y permanente. La inmunidad implica que el sujeto concernido no puede ser objeto de acciones encaminadas a exigirle responsabilidad –inmunidad absoluta– o que únicamente puede serlo previo cumplimiento de ciertos requisitos de procedibilidad –relativa–: constituye, pues, una prerrogativa procesal cuyo alcance puede ser temporal, durante su mandato, cuando la inmunidad se reconoce frente a actos no revestidos de inviolabilidad, o permanente, cuando es un efecto reflejo de la inviolabilidad. Por último, el aforamiento comporta el establecimiento de un fuero procesal especial, distinto del que resulta de las reglas ordinarias de competencia, para el conocimiento de los procesos en que se vean involucrados –fuero especial puro– o por algunos en concreto –fuero especial parcial o relativo–: es, por ello, una prerrogativa procesal y, en principio, temporal.

En el ordenamiento constitucional español, las tres prerrogativas no concurren simultáneamente ni con el mismo alcance en todas las magistraturas. La presencia y amplitud de todas o alguna de estas notas está en función de la posición institucional que ocupa el cargo en cuestión.

El Rey o la Reina, en su condición de titulares de la Jefatura del Estado, gozan de la más absoluta inviolabilidad de acuerdo con el art. 56.3 CE, es decir, no están sujetos a responsabilidad de ningún tipo por los actos cometidos durante su reinado. Esta inviolabilidad trae consigo la correspondiente inmunidad del Rey o la Reina frente a los mismos actos, de ahí que el texto constitucional no prevea aforamiento alguno al respecto, que sí contempla para los actos realizados después de su abdicación –para los que no existe inviolabilidad ni inmunidad– el art. 55 bis LOPJ, introducido por la L.O. 4/2014.

Los diputados y senadores, por su parte, se encuentran revestidos de las prerrogativas de inviolabilidad, inmunidad y aforamiento, en los términos previstos en el art. 71 CE. La inviolabilidad parlamentaria excluye con carácter permanente su responsabilidad criminal por «*las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones*» (art. 71.1). La inmunidad parlamentaria determina que «*durante el pe-*

riodo de su mandato», «*solo podrán ser detenidos en caso de flagrante delito*» y «*no podrán ser inculpados ni procesados sin la previa autorización de la Cámara respectiva*» –el denominado suplicatorio– (art. 71.2). Por último, el aforamiento ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo por cualesquiera ilícitos penales, hayan sido o no cometidos en el ejercicio de sus funciones (art. 71.3), constituye un fuero procesal especial, vigente durante su mandato, que actúa como «*complemento y cierre*» de las prerrogativas de inviolabilidad e inmunidad (STC 22/1997, FJ 6; y 68 y 69/2001, FJ 5).

El presidente y demás miembros del Gobierno de la Nación no gozan, en cuanto tales, de inviolabilidad y de inmunidad, pero se encuentran aforados, en lo que a su responsabilidad criminal concierne, ante la Sala de lo Penal del TS, por todos los actos cometidos en el ejercicio de su mandato, guarden o no relación con las competencias propias de su cargo, de acuerdo con el art. 102.1 CE.

A través de la legislación orgánica reguladora de diversas instituciones, la prerrogativa del aforamiento, constitucionalmente limitada a la responsabilidad criminal de los diputados y senadores y del presidente y demás miembros del Gobierno de la Nación, se ha ampliado al conocimiento de las acciones penales y civiles en las que se exija responsabilidad a tales sujetos y de otras autoridades y cargos públicos.

La extensión del aforamiento a sujetos no contemplados en la Constitución no siempre responde al mismo fundamento que en su día justificó su atribución en los casos constitucionalmente previstos. En la mayor parte de las ocasiones se ha tratado de proteger, con la misma *ratio* subyacente, la independencia de determinadas autoridades y miembros de órganos constitucionales y de relevancia constitucional, de ahí que también se les haya otorgado –como a los diputados y senadores y a los miembros del Gobierno de la Nación– un fuero procesal de extensión máxima, en el que se incluyen todos los actos realizados durante su mandato, aun los que son ajenos al ejercicio de sus funciones. Con tal alcance se encuentran aforados la Reina consorte o el consorte de la Reina, la Princesa o Príncipe de Asturias y su consorte, y el Rey o la Reina que hubiere abdicado y su consorte, el presidente y los magistrados del Tribunal Constitucional, el presidente y los consejeros del Tribunal de Cuentas, el presidente y los consejeros del Consejo de Estado, el Defensor del Pueblo y sus adjuntos y el presidente y los vocales del Consejo General del Poder Judicial y los miembros de la carrera judicial y fiscal (arts. 55 bis, 57.1.2.º y 3.º y 73.3.a, LOPJ), en relación con diversos preceptos de la legislación orgánica correspondiente. Por la misma razón, los Estatutos de Autonomía prevén al aforamiento penal del presidente y los consejeros del Gobierno y de los miembros de las Asambleas legislativas de cada Comunidad, que se extiende a las instituciones análogas al Defensor del Pueblo (art. 1.1 de la Ley 36/1985).

Otras veces, el motivo del aforamiento no ha sido tanto –o al menos no solo– la necesidad de proteger la independencia de una determinada institución, como la propia naturaleza de las funciones desarrolladas por tales sujetos. Es el caso de los miembros de la carrera judicial y fiscal, que se encuentran únicamente aforados «en el ejercicio de su cargo» (art. 73.3.b, LOPJ), y también, aunque no constituya un aforamiento en sentido técnico, el de los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, para quienes se establece una regla especial de competencia que opera únicamente en relación con delitos cometidos «en el ejercicio de sus funciones» (art. 8.1.º pár. 2.º, L.O. 2/1986; STC 55/1990, FJ 4).

A finales de 2018, el Gobierno de la Nación encargó al Consejo de Estado una propuesta de reforma constitucional de los arts. 71.3 y 102.1 destinada a circunscribir el aforamiento de los diputados y senadores y del presidente y demás miembros del Gobierno de Nación, que actualmente alcanza a todos los actos realizados durante su mandato –incluso a aquellos realizados al margen de sus funciones–, a solo aquellos cometidos en el ejercicio de su cargo. El 15 de noviembre de dicho año el Consejo de Estado formuló una propuesta que, de haberse llevado a efecto, habría tenido un efecto reflejo en los demás autoridades y cargos públicos aforados con idéntico alcance.

De lo expuesto resulta que el régimen jurídico de los aforamientos presenta en el momento actual algunas modulaciones en razón del bien jurídico que se quiere proteger especialmente en cada caso, que se manifiestan no solo en la delimitación objetiva de los actos sometidos a ese fuero especial, sino también en la proyección temporal de esta garantía; y así, mientras el aforamiento, en su concepción clásica, es una prerrogativa de carácter temporal, entre la adquisición y la pérdida del cargo, existen supuestos en los que el fuero se conserva después del cese.

En tal sentido se ha pronunciado la jurisprudencia del TS en relación con el fuero procesal especial de los jueces, magistrados y fiscales, que se mantiene después de la renuncia o cese de estos debido a que su razón de ser «no es proteger la independencia en el desempeño de sus funciones del individuo afectado», sino «la circunstancia de que los hechos se hayan realizado en el ejercicio del cargo, por la gran trascendencia que una conducta delincuente en el desempeño de las funciones judiciales tiene para la sociedad» (STS 380/2001 y 1245/2000, con cita de otras anteriores).

Del mismo modo, por razones fundadas –como dice el preámbulo de la Ley Orgánica 4/2014– en «la dignidad de la figura de quien ha sido el Rey de España», está contemplado el aforamiento ante las Salas de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Supremo «del Rey o de la Reina que hubiere abdicado y de su consorte» (art. 55 bis LOPJ).

BIBLIOGRAFÍA

Díez-Picazo, L. M.: *La criminalidad de los gobernantes*. Barcelona: Crítica, 1996.

Fernández Segado, F.: «La doctrina constitucional sobre las prerrogativas parlamentarias», en *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 14 (2011).

Fernández-Viagas Bartolomé, P.: *El juez natural de los parlamentarios*. Madrid: Civitas, 2000.

García Mahamut, R.: *La responsabilidad penal de los miembros del Gobierno en la Constitución*. Madrid: Tecnos, 2000.

Gómez Colomer, J. L.; Esparza Leibar, I.: *Tratado jurisprudencial de aforamientos procesales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.

Martínez Alarcón, M.ª L.: «El aforamiento de los cargos públicos. Derecho español y Derecho comparado», en *Teoría y realidad constitucional*, 35 (2015).

José Joaquín Jerez Calderón
Letrado del Consejo de Estado

VER TAMBIÉN: CORONA / ESTADO DE DERECHO / GOBIERNO / JURISDICCIÓN CIVIL / JURISDICCIÓN PENAL / MANDATO PARLAMENTARIO / PRESIDENTE DEL GOBIERNO

ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

A los juristas europeos les cuesta entender el papel desempeñado por el análisis económico del Derecho en el estudio de los fenómenos jurídicos. En España especialmente, el Derecho se entiende como una emanación del poder soberano o al menos de las decisiones de autoridades competentes: la esencia del Derecho la constituyen las leyes aprobadas por el Parlamento, las decisiones de las instancias administrativas, y las sentencias judiciales. Todo lo más se admite la necesidad de explicar la posible o parcial ineficacia de normas, actos administrativos, y sentencias en la vida real, con ayuda de los relatos impresionistas y las observaciones estadísticas de la denominada «Sociología del Derecho». Las Ciencias económicas desempeñan en el campo jurídico una labor distinta del de la mera Sociología. Aplican el individualismo metodológico para explicar cómo y porqué aparecen y se crean normas, en qué medida se cumplen o desobedecen, y cuáles pueden ser las consecuencias inesperadas o contraproducentes de la actividad jurídica. Lejos de la mera descripción, basan el análisis en una concepción de los humanos, no tanto como seres racionales, sino como actores finalistas.

La importancia del enfoque económico de lo jurídico se colige al acudir a los tres gruesos volúmenes del *Nuevo Diccionario Palgrave de Economía y Derecho*, que tan poco eco han tenido en el mundo ibérico. Su compilador Peter Newman, en la «Introducción» de ese diccionario, toma como origen de los estudios económicos del Derecho la obra de Jeremías Bentham (1748-1832) y su análisis de la acción jurídica partiendo sistemáticamente del deseo de los individuos de maximizar su felicidad o utilidad. El moderno análisis económico del Derecho como tal, prosigue Newman, nace con Ronald Coase (1910-2013) y sus ensayos sobre los *costes de transacción*, costes que se reducen al definir claramente los derechos de propiedad y, en su caso, acudiendo a decisiones judiciales. Otra aportación fundamental al estudio económico del Derecho es la *teoría de juegos*, tanto en su forma aplicada de juegos no-cooperativos y de coordinación, como en su aportación más abstracta a la Filosofía moral y política. El tercer pilar del edificio intelectual de la Economía del Derecho lo levantó, dice Newman, Friedrich von Hayek (1899-1982) con su idea de *orden espontáneo*, para así dar cuenta de todo lo que, en el campo jurídico, es resultado de la acción humana pero no de los planes de las autoridades. Todo ello muestra que el Derecho ha de estudiarse también con los métodos de la Economía política, con resultados significativamente distintos de los que puedan obtenerse con una visión ya sea soberanista, ya sea sociológica de lo jurídico.

La penetración del mundo jurídico por razonamientos de tipo económico es ya notable, pero la deficiente formación económica de muchos juristas les lleva a proponer soluciones erradas para resolver falsos problemas. Un campo en el que esto ocurre a menudo es el de los intentos de corregir los llamados defectos del mercado. Cuando aparece alguna situación en la que los acuerdos y decisiones individuales causan daños a terceros o no fomentan actividades beneficiosas para la sociedad, la reacción de la autoridades es a menudo intervenir para

enderezarla con impuestos y subvenciones. Con esto rinden pleitesía al economista Arthur Pigou (1877-1959), que a veces parece ser el único astro económico del empíreo de la Ley: sin embargo, su gran crítico Ronald Coase hizo ver que los defectos del mercado las más de las veces no se pueden corregir directamente, sino indirectamente por la remoción de algún obstáculo institucional creado antes por la misma autoridad. Incluso problemas como el de la sobreexplotación de los recursos naturales, una de las cuestiones acuciantes del momento, se resuelve peor con intervenciones administrativas que con acuerdos cooperativos a nivel local, como han sabido ver Elinor Ostrom (1933-2012) y sus colaboradores de la Escuela de Bloomington al estudiar, entre otros muchos, el sistema de riego y adjudicación de aguas de Valencia, el de la pesca en el Mar del Norte, o el de los bosques de las altas montañas de Japón.

Nadie debería dictar un curso de Filosofía del Derecho, o al menos de Derecho Constitucional, sin aludir al «dilema del preso». En principio, puede parecer que este tipo de razonamiento justifica una visión cínica o maquivélica de la política. Inspira el enfoque llamado del *public choice*, que examina las acciones de votantes y gobernantes en cuanto motivadas por el interés propio y no por un mítico interés público (Buchanan y Tullock, 1962). Pese a todo, sin embargo, la Historia muestra que es posible la aparición de sociedades en las que se puede vivir civilizadamente. La propia teoría de juegos, nacida hace setenta años, explica las condiciones que permiten derivar conclusiones humanas del «dilema del preso»: por ejemplo, cuando el juego se repite y los damnificados aplican reglas como *Tit for tat* y *Pavlov* (Axelrod, 1981, 1984). Muchas Constituciones han nacido para prevenir actuaciones que, siendo en principio beneficiosas para un grupo de la sociedad a costa de todos los demás, acaban haciendo daño también a ese. La letra de esos documentos constitucionales no basta para entenderlos cabalmente ni tampoco basta la idea de un contrato social acordado explícitamente por todas las partes. Es precisamente la teoría de juegos la que permite comprender las costumbres y convenciones que arropan los textos constitucionales, convenciones que han nacido tácitamente y que los salvan de interpretaciones extremosas. Esto es especialmente necesario en sistemas democráticos, siempre expuestos a la dictadura de la mayoría sobre las minorías.

Estas reflexiones permiten apreciar aportaciones de Hayek a la Economía política del Derecho. David Hume (1711-1776) había empezado a interpretar el concepto de «convención», no como una junta de personas para acordar decisiones, sino como «convencionalismos», como forma de actuar espontáneamente los individuos: sin previo acuerdo, las personas se comportan «agradablemente» con los demás, en la expectativa de que los demás hagan lo mismo. El lenguaje, la justicia, el dinero, la autoridad política, la galantería, las normas de castidad, las reglas del tráfico, dijo Hume, son convencionalismos que los individuos observan porque esperan que los otros lo hagan también, sin necesidad de compromiso o contrato social previo. Hayek es quien ha sabido destacar la importancia de este es el tipo de costumbres previas al Derecho: son la matriz de la obediencia a las normas formales de las que se ocupan los juristas.

En suma, todos estos aspectos de lo jurídico se descubren gracias a la aplicación sistemática del individualismo metodológico, el modo de análisis característico de la Economía política del Derecho.

BIBLIOGRAFÍA

AXELROD, R.: *The Evolution of Cooperation*. New York: Basic Books, 1981.

BENTHAM, J.: *An introduction to the Principles of Morals and Legislation* (1789). London: Athlone Press, 1970.

BUCHANAN, J.; TULLOCK, G.: *The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy*. Ann Arbor: Michigan University Press, 1962.

COASE, R.: «The Problem of Social Cost», en *Journal of Law and Economics*, 3 (1960).

HARFORD, T.: «The prisoner's dilemma at 70 – and what we get wrong about it», en *Capital Thinking*, 536 (2020).

HAYEK, F.: *Derecho, legislación, y libertad. Vol. I: Normas y orden*. Madrid: Unión Editorial, 1994.

MATSON, E. W.; KLEIN, D. B.: *Convention without Convening: Hume's marvelous innovation*. Fairfax: George Mason University, 2020.

NEWMAN, P.: *The New Palgrave Dictionary of Economic and the Law*. London: Macmillan. 1998. 3 v.

SCHELLING, T: *The Strategy of Conflict*. Cambridge: Harvard University Press, 1960.

Pedro SCHWARTZ GIRÓN
Académico de Número de la
Real Academia de Ciencias Morales y Políticas
Catedrático de Economía

VER TAMBIÉN: *COMMON LAW* / JURISPRUDENCIA DE INTERESES Y DE VALORACIONES / MÉTODO JURÍDICO / POLÍTICAS PÚBLICAS / POSITIVISMO JURÍDICO / SOCIOLOGÍA DEL DERECHO / TEORÍA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO

ANOMALÍA CONSTITUCIONAL

Nota: Sobre la declaración de estado de alarma con ocasión de la COVID-19, véase también la voz Pandemia: Perspectiva jurídica.

Sin ánimo de simplificar en exceso, podemos afirmar que el eje principal en torno al cual giran todos los problemas del moderno Estado constitucional es la relación que se establece entre el poder constituyente (pueblo) y el poder constituido (órganos del Estado). Este esquema básico se sostiene sobre dos pilares: la democracia representativa y el carácter jurídico de la Constitución. De este modo, el Estado constitucional ha logrado lo que parecía imposible, a saber: la normativización jurídica del soberano. Se trata, sin duda, de una de las grandes aportaciones de la teoría político-constitucional al acervo común de la cultura occidental.

A partir de aquí resulta oportuno destacar la importancia de esta relación desde tres puntos de vista: nacimiento, reforma y sustitución de una Constitución por otra. Tanto al principio como al final debe intervenir el poder constituyente mientras que en el caso de la reforma la propia Constitución establece quiénes son los órganos competentes para llevarla a efecto. Sin embargo, puede ocurrir que, en el devenir de la vida del Estado constitucional, este pase por situaciones especialmente delicadas derivadas de hechos que ponen en riesgo su normal funcionamiento (en España, la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio enumera y describe estas situaciones excepcionales en los arts. 4, 13.1 y 32. 1). En tales casos vuelve a cobrar una particular importancia la relación que vincula el poder del pueblo y el poder que encarnan las instituciones democráticas que lo representan.

En cualquier Estado democrático que se precie, el llamado «Derecho de excepción» (Pérez Royo) se rige por una máxima incuestionable: en ningún momento, por muy grave que este sea, pueden las instituciones (ninguna de ellas) hacerse con la titularidad del poder constituyente y erigirse en poder supremo del Estado, sino que tienen que actuar dentro de los límites establecidos bien por la norma constitucional misma y por las leyes orgánicas que la desarrollan (como ocurre en España) o bien, en el caso de que la Constitución no establezca nada al respecto (Inglaterra, Estados Unidos o Suiza) o de que solo lo haga de una forma genérica (Francia), dentro de los límites propios del espíritu democrático que sostiene la Constitución (Pérez Royo, 2014). En consecuencia, el «Derecho de excepción» tiene que estar en condiciones de controlar el poder que implica la obligación imperiosa de intervenir ante situaciones que pueden llegar a hacer imposible «el mantenimiento de la normalidad mediante los poderes ordinarios de las autoridades competentes» (art. 1. 1 LODES). Si uno de los principales logros del Estado constitucional consiste en haber sido capaz de diseñar un modelo de Estado que asegura el control jurídico del soberano, otro no menos relevante es haber sido capaz de solucionar el problema del control jurídico del poder cuando este se ve obligado a afrontar situaciones anormales o patológicas.

Junto con esta primera máxima, la segunda que debe mencionarse es la finalidad del «Derecho de excepción», que consiste

en volver *cuanto antes* a la situación de normalidad. Por definición, lo excepcional no debe darse, pero si se da, tiene que encauzarse lo más pronto posible y ello sin alterar la esencia de la relación primigenia que sitúa al poder constituido siempre por debajo del poder constituyente.

El Derecho español ha optado por un sistema de regulación jurídica de los estados de excepción que se rige por los siguientes principios:

1. La propia Constitución identifica tres situaciones distintas: alarma (art. 116. 2), excepción (art. 116. 3) y sitio (art. 116.3). El desarrollo mediante ley orgánica (LODES) y la interpretación mayoritaria de esta ley autorizan a pensar que la Constitución configura tales situaciones «como tres institutos diferentes y no como tres fases de una misma operación de defensa de la seguridad interior del Estado» (Cruz Villalón, 2006). Si es verdad que no se trata de una gradación, lo cierto es que no resulta demasiado difícil distinguir cada uno de los supuestos, empezando porque el primero se caracteriza por la ausencia de *contenido* político. En efecto, la Ley reserva el estado de alarma para cuatro casos: catástrofes naturales, crisis sanitarias, paralización de servicios públicos esenciales y situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad. En cambio, los hechos que dan lugar tanto al estado de excepción como al de sitio suponen la existencia de componentes políticos que afectan directamente a la vida del Estado, comprometiendo incluso su existencia. Así, en el estado de excepción, el Estado hace frente a una grave alteración del ejercicio de los derechos fundamentales, del normal funcionamiento de las instituciones, de los servicios públicos esenciales o de cualquier otro aspecto de orden público, mientras que, en el estado de sitio, lo que se pone en juego es la misma soberanía o independencia de España, su integridad territorial o el mantenimiento del orden constitucional.
   En la (relativamente) corta experiencia de la democracia española solo ha sido necesario hacer uso del primer supuesto: el estado de alarma, en una ocasión, cuando el Gobierno aprobó el Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, debido a una huelga encubierta de controladores aéreos que generó un caos generalizado en los aeropuertos españoles. Otro Real Decreto (1717/2010, de 17 de diciembre) estableció una prórroga de quince días, tras haber recibido la correspondiente autorización del Congreso de los Diputados (resolución de 16 de diciembre de 2010). Más tarde, un colectivo de afectados interpuso un recurso de amparo contra la decisión adoptada por la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (auto de 30 de mayo de 2011, confirmado en reposición por auto de 1 de junio de 2012), mediante el cual este Tribunal declaraba la no admisión del recurso contencioso interpuesto por los recurrentes contra los Decretos del Gobierno, alegando para ello que carecía de jurisdicción. En respuesta al recurso de amparo, el Tribunal Constitucional (STC 83/2016, de 28 de abril) estimó que la decisión de inadmisión del recurso por parte del Supremo no había vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva de los recurrentes señalando, entre otras razones, que los Decretos mencionados, pese a tratarse, efectivamente, de reales decretos, contenían, sin embargo, disposiciones con rango o valor de ley constitutivas de un marco de legalidad excepcional

que desplazaba provisionalmente a la ordinaria (FJ 9), razón por la cual tales disposiciones quedaban fuera «del ámbito de fiscalización del orden jurisdiccional contencioso-administrativo» (FJ 11).

2. Es clave la prevalencia del Parlamento. En nuestra opinión, la Constitución ha resuelto bien el problema del reparto de atribuciones entre Gobierno y Parlamento. La Constitución no se ha decantado por la fórmula del «gobierno de crisis», lo que hubiese significado, como en su día señalara Loewenstein, «la sustitución temporal de la técnica que distribuye el poder entre varios detentadores dotados de mutuos controles por la concentración consciente del poder en las manos del detentador gubernamental, así como la suspensión de los normales controles interórganos de la Asamblea frente al Ejecutivo durante la duración del período de excepción» (Loewenstein, 1976). Al contrario, ha establecido un sistema de control que hace que el Congreso intervenga siempre: a) en los estados de alarma, teniendo que ser informado por el Gobierno de su declaración y, en el caso de que haya una prórroga que supere el plazo de los primeros quince días, teniendo que autorizarla con carácter previo (art. 116. 2); b) en los estados de excepción, mediante una autorización que permite al Gobierno declarar este estado (art. 116. 3), y, finalmente, c) en el estado de sitio, declarándolo él mismo mediante mayoría absoluta, a propuesta exclusiva del Gobierno (art. 116. 4). La relevancia de la Cámara baja se asegura también mediante la prohibición expresa de su disolución «mientras estén declarados algunos de los estados comprendidos en el presente artículo…» (art. 116. 5).
3. Como ya se ha dicho, el sistema español ha optado por una regulación lo más exhaustiva y precisa posible (hasta donde esto es factible) de los supuestos de anormalidad constitucionalidad. En este sentido, la propia Constitución, aunque no define las causas que determinan la existencia de cada uno de los estados (lo hace la Ley Orgánica), sí establece, en cambio, un conjunto de límites: en el estado de alarma, el decreto «determinará el ámbito territorial a que se extienden los efectos de la declaración»; en el decreto del estado de excepción, la autorización y proclamación «deberá determinar expresamente los efectos del mismo, el ámbito territorial a que se extiende y su duración, que no podrá exceder de treinta días, prorrogables por otro plazo igual, con los mismos requisitos»; y, finalmente, en el estado de sitio, será el propio Congreso quien «determinará su ámbito territorial, duración y condiciones».
4. Finalmente, frente a la «patología» de las situaciones de excepción, el «Derecho Constitucional de excepción» incluye la suspensión temporal de determinados derechos. Por lo tanto, nunca de todos, y nunca de una manera indefinida, porque, en efecto, como señala Pérez Royo, el «Derecho de excepción» tiene como finalidad la misma que tienen todas las excepciones en el ámbito de la lógica general: *confirmar la regla* (op. cit., 843).

***

La declaración por parte del Gobierno español del estado de alarma en marzo de 2020 debido a la situación de pandemia mundial provocada por la COVID-19, así como las sucesivas prórrogas autorizadas por el Congreso y la declaración en octubre de 2020 para una parte del territorio nacional, nos obliga a añadir algunas reflexiones. Necesariamente tendrán que ser provisionales, a la espera de que

tanto la jurisprudencia como el conjunto de la doctrina científica se pronuncien más a fondo sobre esta cuestión. En principio, parece claro que la regulación del estado de alarma que hace la L.O. 4/1981, de 1 de junio, encaja perfectamente con los hechos ocurridos. En efecto, el art. 4. b) de la citada Ley señala expresamente que procede declarar este estado cuando se produzca, entre otras, la siguiente «alteración grave de la normalidad»: «Crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminaciones graves». Así, pues, desde este punto de vista, no cabe hacer ningún reproche a la declaración del estado de alarma establecido por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo. De hecho, la primera prórroga de quince días fue autorizada con el apoyo prácticamente unánime del Congreso de los Diputados (321 votos a favor y 28 abstenciones). En cambio, no se puede decir lo mismo de las demás prórrogas, ya que con respecto a ellas se han planteado una serie de críticas, alegando, por ejemplo, algunos grupos políticos que podría haberse afrontado el problema de la crisis sanitaria utilizando otros instrumentos legales ya existentes.

Pero, en todo caso, desde una perspectiva estrictamente jurídica, el debate fundamental se ha centrado en torno al tema del contenido, alcance e interpretación de dos conceptos básicos: la «limitación» o «suspensión» de los derechos fundamentales, dado que uno de los principales reproches dirigidos al Gobierno en relación con la gestión de la crisis es que este ha podido traspasar el ámbito propio del estado de alarma entrando de forma encubierta en el terreno de las medidas previstas para el estado de excepción, dentro del cual, como se sabe, a diferencia de lo que ocurre con el estado de alarma, sí cabe la posibilidad de una suspensión real y efectiva de determinados derechos fundamentales (en cualquier caso, solo los que enumera el art. 55.1 CE). El debate afecta, sobre todo, a dos de ellos: la libertad de circulación y libre elección de residencia (art. 19 CE) y el derecho de manifestación (art. 21.2 CE).

BIBLIOGRAFÍA

Cruz Villalón, P.: *La curiosidad del jurista persa y otros ensayos sobre la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2006.
Loewenstein, K.: *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1976.
Pérez Royo, J.: *Curso de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 2014.

José Luis Brey Blanco
Profesor de Derecho Constitucional
Universidad CEU-San Pablo

VER TAMBIÉN: CONGRESO DE LOS DIPUTADOS / DECRETO LEY / DERECHO CONSTITUCIONAL / DERECHOS FUNDAMENTALES / ESTADO CONSTITUCIONAL / ESTADO DE DERECHO / GOLPE DE ESTADO / **PANDEMIA: PERSPECTIVA JURÍDICA** / PODER CONSTITUYENTE / RAZÓN DE ESTADO / REFORMA CONSTITUCIONAL

ARBITRAJE

Por el arbitraje las partes en un conflicto presente o futuro acuerdan someterse a la decisión de un tercero, que aceptan de común acuerdo, y fijan igualmente los términos en que ha de resolverse el procedimiento arbitral. El arbitraje tiene una perspectiva de Derecho doméstico y también puede plantearse con carácter internacional, tanto en sus aspectos comercial como de protección de inversiones.

El arbitraje doméstico se rige en España por la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje, modificada por la Ley 11/2011, de 20 de mayo. Su artículo primero establece que «esta ley se aplicará a los arbitrajes cuyo lugar se halle dentro del territorio español, sean de carácter interno o internacional, sin perjuicio de lo establecido en los tratados de los que España sea parte o en leyes que contengan disposiciones especiales sobre arbitraje». Son susceptibles de arbitraje, añade su artículo segundo, las controversias sobre materias de libre disposición conforme a Derecho. Todo arbitraje exige un convenio arbitral que, conforme indica en su art. 9, podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente y deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El arbitraje puede ser institucional si las partes encomiendan su administración a una entidad determinada que deberá desarrollarse con arreglo a los estatutos de la misma, o también puede ser un arbitraje *ad hoc*, en virtud del cual las partes eligen directamente a los árbitros y establecen el procedimiento. Este tiene una fase escrita y una oral; en la fase escrita las partes intercambian demanda, contestación a la demanda y eventualmente réplica y dúplica; la fase oral, la audiencia de los árbitros con las partes, tiene muy especial importancia porque permite la inmediatez de las pruebas presentadas y los alegatos de las partes. El arbitraje termina con un laudo en el cual el árbitro decide las cuestiones sometidas y argumenta la razón de sus decisiones. El laudo tiene fuerza de cosa juzgada y solo se puede cuestionar por vía de recurso extraordinario de revisión o ejercitando la acción de nulidad prevista para causas externas al arbitraje, y que en ningún caso puede considerarse como un recurso de apelación.

En el plano internacional, el arbitraje comercial se basa en un acuerdo de las partes, bien como cláusula de un contrato o como convenio arbitral independiente. Su principal regulación a nivel internacional se encuentra en la Convención sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958, publicado su instrumento de ratificación en el BOE del día 11 de julio de 1977. Dada la globalización de la economía española, las cláusulas de arbitraje comercial internacional son muy frecuentes en los contratos y relaciones comerciales que tienen nuestras empresas; con acierto se ha llegado a decir que el contrato internacional que no tenga cláusula de arbitraje es en cierta forma defectuoso. Cuando surge el conflicto, cosa normal en la vida comercial, las partes quieren tener un procedimiento neutral e imparcial. Las instituciones más frecuentadas por los empresarios españoles son la Cámara Internacional de Comercio de París, la London Court of International Arbitration, la American Arbitration

Association o las Cámaras de Comercio de Estocolmo o suizas. Todas ellas tienen sus estatutos de arbitraje, cuyo contenido pasa a ser contractual desde el momento en que las partes se refieren a dicho arbitraje institucional. Una vez dictado el laudo, corresponde a las partes decidir su estrategia sobre la ejecución y cumplimiento efectivo de la sentencia arbitral. Lo lógico es que sea ejecutado en el lugar donde haya activos de la parte condenada sobre los que poder hacer efectiva la sentencia arbitral. La mayoría de los laudos, según las estadísticas al efecto, son cumplidos voluntariamente, pero en el caso en que así no fuera está previsto que, previo el trámite de *exequatur*, se pueda proceder a una ejecución judicial. La ventaja de una cobertura convencional tan importante, pues el tratado de Nueva York es probablemente el instrumento internacional que más ratificaciones ha tenido, es que permite tener un título ejecutivo que pueda acogerse a la cobertura del tratado en la casi totalidad de los países de la geografía mundial.

Desde hace algunas décadas se ha generalizado el llamado arbitraje de protección de inversiones, principalmente regulado por el Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, hecho en Washington el 18 de marzo de 1965 (publicado su instrumento de ratificación en el BOE del 13 de septiembre de 1994). A diferencia del arbitraje comercial internacional, el de protección de inversiones no exige la existencia de un convenio individualizado entre las partes. Los Estados, al firmar convenios bilaterales o multilaterales de protección de inversiones, se comprometen a garantizar el buen trato de las mismas. Y si el Estado receptor de la inversión violara los preceptos del tratado, la garantía del cumplimiento de los compromisos internacionales de los Estados receptores de la inversión se basa en la renuncia contenida en el propio tratado a la excepción de inmunidad de soberanía; el Estado al recibir la solicitud de arbitraje debe someterse a la autoridad del árbitro sin que pueda excepcionar que, por tratarse de un Estado soberano, no puede ser juzgado arbitralmente *(véanse, en todo caso, las singularidades de la Unión Europea)*. La oferta pública de sometimiento arbitral, que se realiza por los Estados en el convenio de protección de inversiones, si es aceptada por el inversor eventualmente perjudicado conforma el convenio arbitral, por esta vía de oferta pública y aceptación individualizada. La gran mayoría de los arbitrajes de protección de inversión son administrados por el centro de arbitraje, el llamado CIADI, en el marco del Banco Mundial o por el Tribunal Internacional de Arbitraje con sede en La Haya; también en materia de protección de inversiones, se realizan numerosos arbitrajes *ad hoc* regulados fundamentalmente por las normas aprobadas por Naciones Unidas (Resolución de la Asamblea General 65/22) y elaboradas por su organismo UNCITRAL. En la ejecución de estos laudos de protección de inversiones habrá que tener muy en cuenta que estamos ante un Estado soberano y que la ejecución puede encontrarse en situaciones difíciles si se pretende actuar sobre bienes dotados de inmunidad.

Por el arbitraje, pues, se ha establecido y generalizado un mecanismo de solución de litigios, tanto a nivel nacional como internacional. Buena parte del éxito en el funcionamiento de esta técnica de solución de litigios se basa en la estrecha colaboración entre los árbitros y las instituciones arbitrales, por un lado, y por otro los jueces integrantes del Poder Judicial de los Estados. La colaboración judicial es muy importante, tanto a nivel de ayuda para el buen funcionamiento del arbitraje (puesta en marcha de cláusulas ar-

bitrales patológicas o medidas cautelares) como para la garantía de que el arbitraje se desarrolla de acuerdo con lo convenido por las partes, es decir, respetando la autonomía de la voluntad, base de todo arbitraje, como es el caso de los controles que puedan existir sobre excepcionales acciones de nulidad del laudo como para el *exequatur* y ejecución de los laudos en el país donde se quisieran ejecutar si fuera necesario ante la reticencia de la parte perdedora.

BIBLIOGRAFÍA:

Born, G. B.: *International commercial arbitration*. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2014.

Douglas, Z.: *The International Law of investments claims*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

Garberí Llobregat, J.: *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje*. Barcelona: Bosch, 2004.

González Bueno, C., et al.: *The Spanish Arbitration Act: A commentary*. Madrid: Dykinson, 2016.

Redfern, A.; Hunter, M., et al.: *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 6th ed. Oxford: Oxford University Press, 2015.

Bernardo M. Cremades
Académico de Número de la
Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España
Abogado

VER TAMBIÉN: ABOGACÍA / CONTRATOS / DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO / EFICACIA JURÍDICA / JURISDICCIÓN CIVIL / NEGOCIO JURÍDICO / ORDENAMIENTO JURÍDICO / TRATADOS INTERNACIONALES

ARBITRARIEDAD

El sustantivo arbitrariedad, así como el adjetivo arbitrario, como ha estudiado brillantemente T.-R. Fernández, llevan circulando por el mundo desde hace más de 25 siglos. Las XII Tablas ya recogían el sustantivo matriz *arbiter*. Del latín, a las lenguas románicas, al francés, al inglés, hasta convertirse en un término universal. Inicialmente, era el término referido a la voluntad; a la facultad de decidir. Es el primer significado que aún hoy tiene la palabra arbitrio en el Diccionario de la Lengua Española, recalcando su origen en el término latino *arbitrium*: «Facultad que tiene el ser humano de adoptar una resolución con preferencia a otra.»

En estos 25 siglos, los términos han ido sumando una carga negativa. Arbitrario (del latín *arbitrarius*) tiene, como primer significado, «sujeto a la libre voluntad o al capricho antes que a la ley o a la razón». Esta contraposición entre voluntad y razón es la que está en el corazón mismo de la Ilustración y del Estado de Derecho. Frente al arbitrio, a la arbitrariedad, la razón; y la máxima expresión de la razón es la ley.

Hoy la arbitrariedad, dice T.-R. Fernández, se explica más por su opuesto. Es lo contrario a la ley, al Derecho y, sobre todo, a la razón. En el fondo, arbitrariedad es un concepto jurídico surgido al calor de la polémica ilustrada que enfrentaba a la razón contra la voluntad del poder. Frente al poder absoluto, el de la nuda voluntad, el de la razón, el obediente a la ley. El poder arbitrario sería el absoluto, el de la nuda voluntad; el del árbitro-arbitrario.

La prohibición de la arbitrariedad que la Constitución incluye en el art. 9.3 vendría a ser la culminación de esta evolución. Sería como la consagración jurídica de la prohibición del absolutismo; de que el poder tuviese en la voluntad el exclusivo sostén. El poder debe obedecer a la ley porque es la expresión de la razón. La prohibición de la arbitrariedad impone, a su vez, la obediencia a la ley, pero no solo en sentido formal, sino también en el material: como expresión de la voluntad racional de los representantes del pueblo de gobernar al servicio de los derechos de los ciudadanos.

Va más allá del principio de legalidad. Tanto el Poder Ejecutivo (art. 103.1 CE) como el Judicial (art. 117.1 CE) están «sometidos» a la ley. La prohibición de la arbitrariedad avanza un paso más. No es solo sometimiento, es obligación de razonabilidad. El poder arbitrario no es solo el ilegal, sino también aquel que, incluso obediente formalmente a la ley, no es capaz de expresar/exteriorizar las razones que permiten justificar su ejercicio, para convencer de que es la mejor manera de atender las obligaciones constitucionales. Ya no se trata de la legalidad, se trata, también, de la racionalidad. Porque el poder irracional no atiende a la razón, solo a la voluntad, lo que la Constitución proscribe.

Varias dificultades surgen en el camino hacia la plena realización y la garantía de lo dispuesto en el art. 9.3 CE: (1) hay un salto lógico y jurídico que va desde la prohibición de la arbitrariedad a la obligación de la razonabilidad. (2) El siguiente paso es el cómo se cumple el requisito de la razonabilidad. Por último, (3) cómo se lleva a cabo el control de la razonabilidad.

A) En primer lugar, la razonabilidad de la decisión del poder plantea varios retos dogmáticos. La obligación de que la decisión, en lo que ahora nos interesa, sea conforme a la razón no es solo la consecuencia de la prohibición de la

arbitrariedad, sino también de la propia lógica institucional del Estado democrático de Derecho. Porque la decisión del poder conformada según la razón, que en esto se traduce la obligación, es la que produce dos consecuencias: (1) la justificación y (2) la movilización de la aceptación, en el contexto de una sociedad democrática. La arbitrariedad es el nudo poder; el poder sin razones que le sirvan de justificación capaz de suscitar la aceptación de los ciudadanos. Es el poder que alcanza el acatamiento, que no la aceptación; porque es el puro poder, es el *imperium*; es la obediencia asentada, en última instancia, en la amenaza del castigo. Cuando Kelsen definía el Derecho como una técnica social basada en la amenaza de la sanción, quería proclamar que la amenaza era el recurso de última instancia. En las sociedades democráticas, la aceptación, basada en el convencimiento, asentado en la justificación, «dulcifica» el recurso de última instancia; está presente, pero es «innecesario», en la mayoría de los casos, porque el destinatario asiente la decisión del poder. Y lo hace porque la considera justificada; porque se sostiene en razones comprensibles, lo que requiere la exteriorización de forma entendible por todos. En una sociedad democrática, un ciudadano pletórico de derechos (libre), no es el que, en términos institucionales, obedece, acata, consiente, las disposiciones del poder. Su misma libertad le concita a cuestionar lo mandado. La única manera democrática de «doblegar» esa libertad es mediante el convencimiento; la exposición razonada de las razones que, al menos, hagan «sospechar» de que no es un mandato arbitrario, sino el fruto de una reflexión sobre lo conveniente, lo adecuado: lo ajustado a los preceptos constitucionales y legales que marcan en cada momento el camino del interés común, o sea, lo que es lo razonable-lo racional.

B) En segundo lugar, ¿cuándo una decisión del poder puede calificarse de razonable? En el ámbito de la Teoría general del Derecho se han elaborado distintas teorías procedimentales (Alexy) o «sustancialistas» para determinar las reglas del discurso racional. En el caso de las normas, aunque generalizable a cualquier otra decisión del poder, son razonables si (1) cuentan con una exposición de las razones, que (2) sea suficiente; son bastantes para convencer a los destinatarios. En todo caso (3) el objetivo de la razonabilidad es el de la justificación adecuada y suficiente que permita a un auditorio integrado por personas racionales (y con el conocimiento adecuado) compartir las razones. La finalidad de la razonabilidad es la exposición de *razones razonables* capaces de convencer, en nuestro caso, a los operadores jurídicos; en particular los tribunales. Aarnio subrayaba que una regla de la dogmática jurídica debería ser la de la aceptabilidad racional. Igualmente, se podría sostener que la aceptabilidad racional es la clave de «la razonabilidad de la razonabilidad». Una norma, por ejemplo, sería razonable si es capaz de suscitar la aceptabilidad racional de los operadores. Se cumpliría así la obligación de la razonabilidad, la otra cara de la prohibición de la arbitrariedad.

C) Y, por último, en tercer lugar, el cómo los tribunales controlan la razonabilidad del poder, o, en términos más constitucionales, cómo se sirven del principio de interdicción de la arbitrariedad para deducir un juicio de inconstitucionalidad de una decisión. Cuando el Tribunal Constitucional se ha enfrentado al conflicto entre la prohibición constitucional y la exi-

gencia de razonabilidad, siempre lo ha hecho con cautela porque el legislador disfruta, como es conocido, de un considerable margen de decisión. Quiere evitar que el controlador substituya al controlado; que la legítima y democrática función legislativa que ha de poder expresar el elenco de opciones políticas cubiertas por la libertad política e ideológica en el seno de un Estado democrático pueda ser desplazada por la de control.

La Constitución es un marco; no es una cárcel para las opciones políticas. El reto es la interiorización de un límite que es el presupuesto de todo lo demás: la razonabilidad. Caben todas las opciones políticas, todas las elecciones legislativas, pero hay un límite infranqueable: la razonabilidad. Y su otra cara: la arbitrariedad. El TJUE marca el camino cuando declara contraria al Tratado una decisión de las instituciones de la Unión en la que no se ha podido «demostrar» que ha ejercido una «facultad de apreciación efectiva». La sentencia (Sala Segunda) de 7 de septiembre de 2006 (asunto C-310/04), España v. Consejo, acuñó el canon que requiere la demostración de que las autoridades han considerado toda la información razonable para justificar la medida adoptada. El Tribunal, al efectuar la comprobación del cumplimiento de los principios de necesidad, de adecuación y de proporcionalidad, llega a la conclusión de que la institución de la Unión, en este caso, el Consejo, no había acreditado suficientemente el fundamento racional y razonable de la medida introducida. No se trata de una deficiente motivación. Es algo más. Se ha de demostrar la razonabilidad.

La arbitrariedad, nacida como voluntad, contamina por la irrazonabilidad, se convierte en obligación de ser razonable. El poder no solo no puede ser irrazonable, sino que debe ser razonable. Se crea un camino para penetrar en el corazón mismo de la decisión. Para desplegar un control incluso de la decisión misma. La discrecionalidad cede otra trinchera más. No puede ser la cobertura de lo que es irrazonable y no cumple con la obligación de serlo.

BIBLIOGRAFÍA:

AARNIO, A.: *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1981. [Citamos por la reimpresión de la Ed. Palestra, Perú, 2016]

FERNÁNDEZ, T.-R.: *De la arbitrariedad de la Administración*. Madrid: Civitas, 2008. 5.ª ed.

FERNÁNDEZ, T.-R., *Arbitrario, arbitraire, arbitrary. Pasado y presente de un adjetivo imprescindible en el discurso jurídico*. Madrid: Iustel, 2016.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria», en *Revista de Administración Pública*, 30 (1959).

Andrés Betancor
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad Pompeu Fabra

VER TAMBIÉN: BUENA ADMINISTRACIÓN / DERECHO ADMINISTRATIVO / ESTADO DE DERECHO / INTERÉS GENERAL / MÉTODO JURÍDICO / PRINCIPIOS Y VALORES CONSTITUCIONALES / RETÓRICA JURÍDICA

ASILO

La palabra *refugio* proviene del latín y, en un sentido general, significa asilo, acogida o amparo. A su vez, *asilo* tiene origen griego y se asocia con un lugar privilegiado de refugio para los perseguidos. Si bien la práctica de dispensar una protección personal de esta índole parece estar vinculada originalmente a las costumbres nómadas y a la hospitalidad, el asilo existe desde la antigüedad y está vinculado con la existencia de ciertas áreas sagradas, cuyo espacio era inviolable, y en las que no se podía continuar una persecución. Una consideración así ha existido en todas las culturas. Se ha respetado en la civilización azteca, igual que en tradiciones como la hebrea, la musulmana o la cristiana.

Dejando al margen los precedentes mediatos, ha de tenerse en cuenta que, desde principios del siglo xx, sucesos como las guerras balcánicas o la Revolución rusa ocasionaron flujos importantes de refugiados, que fueron asistidos por organismos humanitarios de carácter no gubernamental, como la Liga de las Sociedades de la Cruz Roja. Una vez creada la Sociedad de Naciones, la comunidad internacional va a asumir un cometido respecto de los refugiados mediante un Alto Comisario para los Refugiados en 1921, que se concentró en el esfuerzo de que adquiriesen un cierto estatuto jurídico, así como en crear la infraestructura para recaudar los fondos necesarios y fletar medios de transporte para la repatriación voluntaria, reasentamiento o su integración local.

La Segunda Guerra Mundial y la posguerra provocaron el mayor desplazamiento de población de la Historia reciente. De hecho, se calculaba que en 1945 había en Europa más de cuarenta millones de personas desplazadas. De ahí, tanto la adopción de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (Ginebra, 1951: la Convención) como el establecimiento de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR). Esta Agencia nació con carácter provisional, de modo que su mandato fue renovándose periódicamente por la Asamblea General hasta que esta decidió revocar por fin su limitación temporal en 2003.

Pese a que los conceptos de refugio y asilo tienen trayectorias y contenidos distintos, las diferencias entre ambos no suelen manifestarse en las legislaciones internas, ni en el ordenamiento de la UE, cuya política de *asilo* se ha diseñado sobre los cimientos de la Convención de Ginebra. Si bien todo refugiado tiene derecho a pedir asilo, y, en este sentido, el asilo *territorial* podría implicar una protección más amplia que el refugio, a la vez que no es tan restrictivo como este en cuanto a las posibles causas para invocarlo, ha de tenerse en cuenta que el contenido del régimen internacional del asilo, como tal, permanece anclado en gran medida en principios asentados hace ya más de 50 años. Además, carece de un tratado universal al respecto. Por tanto, la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) y la Declaración sobre asilo territorial (1967), ambas adoptadas por la Asamblea General de la ONU, siguen siendo referentes en la materia. Aunque la primera proclama que «(…) en caso de persecución toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país» (art. 14.1), la segunda muestra el alcance real del derecho de asilo, que es reducidísimo, en cuanto todo gira en torno a la *competencia soberana del Estado*, que solo se

atempera a través del *principio de no devolución*, esto es, el derecho de las personas «a no ser expulsadas o devueltas a cualquier otro Estado en que puedan ser objeto de persecución». No existe pues un derecho *a conseguir* el asilo, sino solo *a pedirlo* cuando concurren ciertas circunstancias.

No debe olvidarse que, junto al *asilo territorial*, el *asilo diplomático* consiste en la protección que se dispensa a la persona perseguida por motivos políticos o ideológicos y que se refugia en las instalaciones de una misión diplomática acreditada en otro Estado, siendo lo más característico de esta institución, no ese estadio en que las autoridades del Estado territorial se abstienen de penetrar en los locales de la Embajada (obligación derivada de su inviolabilidad conforme al Derecho Internacional), sino el salvoconducto que el Estado ofrece a fin de que la persona en cuestión pueda salir de allí sin ser detenida y abandonar también su territorio. La larga estancia del fundador de WikiLeaks, J. Assange, en la Embajada de Ecuador en Londres nunca podría considerarse como un ejemplo de asilo diplomático, pese a que llegó a cometerse ese error por algún medio periodístico, ya que aquel tan solo disfrutó de los efectos derivados de la inviolabilidad de la Embajada mientras contó con el beneplácito del Estado acreditante. Además, el asilo diplomático sigue teniendo un alcance territorial limitado al ámbito latinoamericano, pues es allí donde se adoptaron los únicos tratados internacionales existentes y donde se generó la práctica consuetudinaria relevante.

Según la Convención, el término «refugiado» se aplicará a toda persona que «debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él». Esta definición, que gira alrededor de la premisa de la persecución, ha sido recogida por los ordenamientos internos, a la vez que ha servido de modelo para los instrumentos adoptados en círculos regionales, como la UE. En esta última se ha acompañado de otros mecanismos de protección temporal, lo cual ha sido la pauta seguida en sus Estados miembros, como es el caso de la Ley española 12/2009, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria.

Aunque siempre ha habido éxodos de población, los desplazamientos forzosos son un rasgo tristemente acuciante en lo que llevamos de siglo XXI, que arroja un volumen récord de víctimas. Según datos ofrecidos en 2019 por el ACNUR, la cifra de personas forzadas a abandonar sus hogares ya supera los 70 millones desde 2018 (el doble de la tasa manejada solo 20 años antes). Además, estas son acogidas a través de un reparto muy desproporcionado, de modo que tan solo un pequeño número de países, unos 10, se hacen cargo de cantidades ingentes de refugiados (el 60%). A su vez, estos países son en su mayoría, paradójicamente, Estados en desarrollo, por ser a menudo limítrofes o próximos a aquellos desde los que la huida tiene lugar. Junto a ello, los desplazamientos humanos *forzados*, dejando aparte las migraciones por razones económicas, no solo tienen que ver con *persecuciones*, sino también con otras violaciones de los derechos humanos, conflictos (así, Afganistán, Libia, Malí y un largo etcétera), desastres, inse-

guridad alimentaria, expulsión de pueblos indígenas de sus tierras, problemas medioambientales graves o efectos negativos del cambio climático. Lo cierto es que mientras la distinción entre *migrante* y *refugiado* se ha ido haciendo más nebulosa en la práctica, paralelamente, se ha hecho más evidente la inadecuación de la Convención para cubrir ciertas situaciones. ¿Cómo considerar los casos en que no hay persecución, pero en los que la huida de las personas no es realmente voluntaria, puesto que hay un elemento de compulsión provocado por alguna de las razones aludidas, parece imposible regresar y se sufre una extrema vulnerabilidad? ¿Acaso no merecen esas personas una protección internacional similar a la prevista en la Convención?

El Secretario General de las Naciones Unidas elaboró un informe en 2016 *(«En condiciones de Seguridad y Dignidad: respuesta a los grandes desplazamientos de refugiados y migrantes»),* preparando el camino a la *Declaración para los Refugiados y los Migrantes*, adoptada por la Asamblea General unos meses más tarde. En esta se recogen una serie de compromisos por los Estados. En concreto, el establecimiento de un *Marco de Respuesta Integral para los Refugiados*, y la adopción de un *Pacto Mundial sobre Refugiados*. Este Pacto Mundial, adoptado en 2018, pretende establecer la arquitectura para una respuesta internacional más sólida, más predecible y equitativa a las situaciones de refugiados. Si bien es pronto para hacer retrospectiva acerca del nuevo Pacto Mundial, ya ha sido objeto de valoraciones muy distintas. Así, hay quien critica la impotencia generada por su falta de obligatoriedad, pero también hay opiniones que elogian su contenido y su potencial transformador. António Guterres, ahora Secretario General y antiguo Alto Comisionado para los Refugiados, se ha referido en varias ocasiones a la necesidad de «restaurar la integridad del régimen internacional de protección de los refugiados». Viene a admitir así que, cuando menos, se ha erosionado. Está claro, sobre todo a la vista de algunas situaciones: la permanencia de personas *sine die* en campos de refugiados; distintas fórmulas empleadas para externalizar la gestión (como por la UE, con respecto a Turquía, o por Australia, en relación con islas del Pacífico); o incluso variadas infracciones del principio de no devolución, como en los casos de Libia y Myanmar. Dejar atrás vulneraciones como esas y avanzar por la senda de la cooperación dependerá, sobre todo, de la voluntad política de los Estados. No obstante, el pronóstico que cabe hacer ahora, sea refugio o asilo, no es halagüeño, al menos a corto plazo, por el resurgimiento de los nacionalismos y de la xenofobia.

BIBLIOGRAFÍA

ACNUR: *Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado en virtud de la Convención de Ginebra de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, 2011.

Arenas Hidalgo, N.: «Derecho Internacional y europeo de las personas refugiadas», en *Instrumentos y Regímenes de Cooperación internacional*, F. Mariño Menéndez (dir.) Madrid: Trotta, 2017.

Goodwin, G. S.; Mcadam, J.: *The Refugee in International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

Hathaway, J. C.: *The Law of Refugee Status*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

Del Valle Gálvez, A.: «Los refugiados, las fronteras exteriores y la evolución del concepto de frontera internacional», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo,* 55 (2016).

VV. AA.: «Agora: Asylum Policies in the European Union: Convergences Between the Internal and External Dimensions» (bajo la dirección de J. Abrisketa), en *Spanish Yearbook of International Law* (SYbIL), 23 (2019) [disponible en http://www.sybil.es/].

Montserrat Abad
Catedrática de Derecho Internacional Público
Universidad Carlos III de Madrid

VER TAMBIÉN: ÁFRICA / CONVIVENCIA / CORTE PENAL INTERNACIONAL / DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO / DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO / DESCOLONIZACIÓN / GLOBALIZACIÓN / GUERRA Y CONFLICTO / JURISDICCIÓN UNIVERSAL / MULTICULTURALIDAD / NACIONES UNIDAS / TOLERANCIA / TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

ASOCIACIONES

Una asociación es una unión estable de varias personas que deciden libremente agruparse para promover conjuntamente un objetivo común. El dato de la permanencia, de una mínima estabilidad organizativa, sirve para diferenciar una asociación de una reunión, que es una agrupación transitoria, que no crea vínculos permanentes entre los reunidos.

El derecho de asociación no se reconoce en los orígenes del constitucionalismo. Toda la construcción del Estado liberal responde a una filosofía política radicalmente individualista: entre el individuo y el Estado no hay nada. La existencia de grupos intermedios suscita desconfianza. Existían asociaciones, naturalmente, pero en la clandestinidad, perseguidas o toleradas. Por otra parte, en el plano teórico, ese individualismo se fue relajando para dar paso a las nuevas concepciones pluralistas, que contemplan el fenómeno asociativo con menos recelo. Este cambio de perspectiva queda reflejado en la obra de Tocqueville. En su libro *La democracia en América,* expresa su admiración por la democracia norteamericana precisamente por el vigor de la sociedad civil, por su extensa red de asociaciones, el mejor antídoto contra el despotismo.

Lo cierto es que a finales del siglo XIX comienza a reconocerse legalmente la libertad de asociación. Y a partir de la Segunda Guerra Mundial se generaliza el reconocimiento en sede constitucional. En España, se reconoce por primera vez en la Constitución de 1869. Se mantiene en la de 1876 (se aprobará bajo su vigencia la Ley de 1887) y en la de 1931. Pero durante la mayor parte de esta etapa su ejercicio estuvo sometido a un estricto control político: no se podían constituir sin el visto bueno de las autoridades administrativas, que se reservaban la facultad de disolverlas. Tras la dictadura, se vuelve a reconocer en la Constitución de 1978, como un derecho «vinculado a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad por cuanto protege el valor de la sociabilidad como dimensión esencial de la persona» (STC 236/2007).

El artículo 22.1 CE reconoce el derecho de asociación como derecho fundamental y establece los principios básicos del régimen jurídico común a todas las asociaciones, sin perjuicio del régimen específico previsto para determinadas modalidades asociativas (partidos políticos, sindicatos, organizaciones empresariales o profesionales, confesiones religiosas). Estos principios fueron desarrollados por la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación (LODA), que derogó la vieja Ley de Asociaciones de 1964. La LODA excluye de su ámbito de aplicación las asociaciones que tengan un fin de lucro (art. 1.2). La regulación constitucional tiene como punto de partida el principio de libertad, en contraposición al modelo de autorización administrativa previa y discrecional del franquismo.

Titulares de este derecho son todas las personas (físicas y jurídicas), cualquiera que sea su nacionalidad. En la vigente L.O. 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, la equiparación es total, con independencia de la situación administrativa, regular o irregular, del extranjero.

El derecho de asociación es polifacético e incluye una pluralidad de facultades. Comprende, en primer lugar, la libertad positiva

de asociación, esto es, el derecho a fundar libremente una asociación o a integrarse voluntariamente en una ya existente (art. 2 LODA). Una libertad que no comprende el derecho a ser admitido en la asociación que se desee, en contra de la voluntad de dicha asociación. En segundo lugar, la libertad de no asociarse y de abandonar la asociación. Y, en tercer lugar, el derecho a establecer una organización propia, a regular autónomamente su funcionamiento interno mediante los estatutos, y a llevar a cabo todas aquellas actividades lícitas tendentes al logro de los fines sociales, sin ninguna traba por parte del Estado. El TC ha añadido una cuarta dimensión *inter privatos* que garantiza a los socios un conjunto de facultades frente a la propia asociación. Son dos libertades en tensión dialéctica: la libertad *de la* asociación y la libertad *en la* asociación.

La LODA exige, en su artículo 2.5, que todas las asociaciones –excepto las de carácter religioso– tengan una organización interna y un funcionamiento democráticos. La Asamblea General es el órgano supremo de gobierno de la asociación, integrado por los asociados, que adopta sus acuerdos por el principio mayoritario o de democracia interna y deberá reunirse, al menos, una vez al año (art. 11.3). La exigencia de democracia interna es discutible porque limita la autonomía asociativa. La Constitución prevé expresamente este requisito para determinadas asociaciones (partidos políticos, sindicatos), pero no lo impone con carácter general en el artículo 22 y no parece necesario poner fuera de la ley una asociación que decida organizarse de otra forma (designando, por ejemplo, un presidente vitalicio). Se presume que sus integrantes aceptan libremente ese modelo organizativo. Otra cosa bien distinta es que el requisito de un funcionamiento democrático se exija para acceder a ventajas o subvenciones públicas.

En cuanto a los derechos de los asociados, se enumeran en el artículo 21 de la LODA: 1) a participar en las actividades de la asociación y en los órganos de gobierno y representación, a ejercer el derecho de voto, así como a asistir a la Asamblea General, de acuerdo con los Estatutos; 2) a ser informado acerca de la composición de los órganos de la asociación, de su estado de cuentas y del desarrollo de su actividad; 3) a ser oído con carácter previo a la adopción de medidas disciplinarias contra él y a ser informado de los hechos que den lugar a tales medidas, debiendo ser motivado el acuerdo que, en su caso, imponga la sanción; y 4) a impugnar los acuerdos de los órganos de la asociación que estime contrarios a la ley o a los estatutos. Como contrapartida, los socios deben colaborar para conseguir los objetivos de la asociación, pagar las cuotas y otras aportaciones que les puedan corresponder y cumplir los acuerdos válidamente adoptados por los órganos de la asociación (art. 22)

La libertad negativa de asociación excluye la pertenencia obligatoria a una asociación. Esta faceta no está recogida expresamente en el artículo 22 CE, pero es consustancial al derecho de asociación y así lo ha entendido el TC (sentencia 179/1994, en relación con las Cámaras de Comercio). El legislador de 2002 sí reconoce esa dimensión negativa (art. 2.3: Nadie puede ser obligado a constituir una asociación, a integrarse en ella o a permanecer en su seno…). Pero esta regla admite excepciones. El legislador puede prever, para proteger adecuadamente el interés general, la adscripción obligatoria a una Corporación pública de todos los integrantes de un colectivo concreto. Así, a los titulados de una profesión (médicos, abogados, arquitectos) se les puede imponer la colegiación obligatoria. Esta excepción debe estar suficientemente justificada, de modo que solo es admisible cuando sea imposi-

ble o muy difícil lograr esos objetivos sin recurrir a la adscripción forzosa. Un test que no superan, por ejemplo, las Cámaras de la Propiedad Urbana (STC 113/1994).

El artículo 22.3 CE dice que las asociaciones constituidas al amparo de este artículo deberán inscribirse en un registro a los solos efectos de publicidad. Para la mayoría de los autores, la asociación se constituye con el pacto asociativo fundacional, en el momento en el que las voluntades de los promotores concurren y se suscribe el acta de constitución y la inscripción registral solo tiene efectos declarativos (certifica la previa constitución). Haciendo suya esta tesis doctrinal, la LODA dispone en su artículo 5.1 que las asociaciones se constituyen mediante acuerdo de tres o más personas físicas o jurídicas, que se proponen un objetivo común y se dotan de los estatutos que regirán su funcionamiento. Ese acuerdo habrá de formalizarse mediante acta fundacional. Desde ese momento, la asociación adquiere personalidad jurídica y plena capacidad de obrar. Con la inscripción en el registro lo que se produce es la separación entre el patrimonio de la asociación y el de los socios, que ya no responderán personal y solidariamente de las obligaciones contraídas con terceros (art. 10.4).

Los encargados del registro se limitan a comprobar si los documentos que se le presentan (acta fundacional y estatutos) reúnen los requisitos formales exigidos. Ahora bien, esa verificación reglada no equivale a una concesión automática. Si de la lectura de los estatutos se desprende clara e inequívocamente alguna ilicitud penal (circunstancia harto improbable), lo comunicará al Ministerio Fiscal o al órgano jurisdiccional competente, quedando suspendido el procedimiento administrativo hasta tanto recaiga resolución judicial firme (art. 30.4 LODA).

El artículo 22 CE prohíbe expresamente, en su apartado 5, las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar, esto es, las que adoptan las estructuras organizativas, la disciplina, los comportamientos y los signos externos característicos de las organizaciones militares.

Por otra parte, la CE en su artículo 22.2 declara ilegales las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito. Habrá que estar, por tanto, a lo dispuesto en el Código Penal. Es el artículo 515 concretamente el que enuncia los distintos supuestos de asociaciones ilícitas. Con independencia de las penas que se impongan a sus promotores, dirigentes o integrantes, los tribunales acordarán la disolución de la asociación ilícita (art. 520). La facultad de disolver o suspender las actividades de una asociación se atribuye exclusivamente a la autoridad judicial, siempre mediante resolución motivada (art. 22.4 CE).

BIBLIOGRAFÍA

Anzurez Gurría, J. J.: *La protección constitucional de las asociaciones. Sobre la dimensión colectiva del derecho de asociación*. Madrid: CEPC, 2014.

Bilbao Ubillos, J. M.: *Libertad de asociación y derechos de los socios*. Valladolid: Universidad de Valladolid, 1997.

Gómez Montoro, A.: «Artículo 22», en *Comentarios a la Constitución Española,* M. E. Casas y M. Rodríguez-Piñero, eds. Madrid: BOE, 2018.

— *Asociación, Constitución, Ley: sobre el contenido constitucional del derecho de asociación*. Madrid: CEPC, 2004.

González Pérez, J.; Fernández Farreres, G.: *Derecho de Asociación. Comentarios a la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo*. Madrid: Civitas, 2002.

Lucas Murillo, E.: *El derecho de asociación*. Madrid: Tecnos, 1996.

Presno Linera, M. A.: «Artículo 22», en *Comentario a la Constitución Española. 40 aniversario, 1978-2018. Libro-Homenaje a Luis López Guerra,* en Pérez Tremps, P., dir. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.

Salvador Martínez, M.: «El derecho de asociación, entre lo público y lo privado», en B. Pendás, dir., *España constitucional (1978-2018). Trayectorias y perspectivas*, T. III. Madrid: CEPC, 2018.

Juan María Bilbao Ubillos
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Valladolid

VER TAMBIÉN: DEMOCRACIA DIRECTA / DERECHOS FUNDAMENTALES / DERECHOS HUMANOS / ESTADO DEMOCRÁTICO / LIBERTAD DE EXPRESIÓN / **PANDEMIA: PERSPECTIVA JURÍDICA** / PARTIDOS POLÍTICOS / SANCIONES ADMINISTRATIVAS / SINDICATOS

AUTODETERMINACIÓN

En su sentido primigenio los términos autodeterminación o libre determinación hacen referencia a la capacidad de los seres humanos para adoptar sus propias decisiones –para auto o libre determinarse– en relación con los diferentes ámbitos que conforman su vida política, económica, social o cultural. A ese sentido general es al que se refiere el *Diccionario de la Lengua Española* cuando define la autodeterminación, en la segunda de sus acepciones, como la capacidad de una persona para decidir algo por sí misma. La autodeterminación o libre determinación personal ha sido, así, posible a partir del momento histórico en el que, afirmada la soberanía de la comunidad tras el triunfo de las revoluciones liberales a finales del siglo XVIII, se estableció un principio esencial –el representativo– y un tipo de regímenes políticos –los constitucionales– cuya aspiración histórica consistirá en garantizar las libertades políticas y los derechos personales.

Pero, en su uso actual más generalizado, el término autodeterminación se refiere a algo diferente: al derecho que se reconoce en diversos instrumentos internacionales a las naciones sin Estado para decidir libremente cuál debe ser su futuro colectivo, incluso en el caso de que tales naciones formen parte de otro Estado, que las coloniza, y en el caso, por lo tanto, de que su autodeterminación exija la eventual independencia de la nación colonizada respecto del Estado del que forma parte o al que pertenece.

Dejando de lado otros antecedentes más remotos, ese concreto significado de la autodeterminación de los pueblos entronca directamente con la formulación llevada a cabo en 1918 por el 27.º presidente de Estados Unidos, Woodrow Wilson (1913-1921), cuando, en el Congreso norteamericano, expuso sus célebres *Catorce Puntos*, que, solo comprensibles en el contexto de la Gran Guerra, tenían como objetivo la reconstrucción del continente europeo azotado por la contienda y la consolidación de bases políticas susceptibles de evitar nuevos conflictos armados. Entre esos *Catorce Puntos* del presidente Wilson, el 5.º proponía «un reajuste libre, y absolutamente imparcial, de las reclamaciones coloniales, basada en la estricta observancia del principio de que, en la determinación de todas las cuestiones relativas a la soberanía, el interés de las poblaciones afectadas debe tener igual peso que las reclamaciones equitativas de los gobiernos, cuyo título deberá ser determinado». Aunque se trataba, como fácilmente se deduce de su literalidad, de una solución de compromiso entre las reivindicaciones de las poblaciones que formaban parte de los grandes Imperios coloniales y los intereses de los propios Imperios en favor del mantenimiento del *statu quo* frente al gran desafío que la descolonización estaba planteando, la propuesta de Wilson apuntaba en la dirección del reconocimiento del denominado derecho a la autodeterminación de los pueblos o naciones sin Estado.

Habrían de transcurrir varios años, sin embargo, para que ese principio descolonizador, así formulado, encontrase acomodo en el ordenamiento jurídico internacional. Será, de hecho, la Organización de las Naciones Unidas la que, en diferentes resoluciones, proclamará el derecho a la autodeterminación de los pueblos, derecho que aparecerá vinculado en todas ellas a situaciones políticas de

dominio colonial. Así, la Resolución 1.514, de 14 de diciembre de 1960, sobre concesión de independencia a los países y pueblos coloniales, dispondrá que «la sujeción de pueblos a una subyugación, dominación y explotación extranjeras constituye una negación de los derechos humanos fundamentales, es contraria a la Carta de las Naciones Unidas y compromete la causa de la paz y de la cooperación mundiales» (punto 1), principio al que se engarzará otro a la luz del cual el previamente enunciando debe ser interpretado: que «todo intento encaminado a quebrantar total o parcialmente la unidad nacional y la integridad territorial de un país es incompatible con los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas» (punto 6). Un día después de la aprobación de la Resolución 1.514 adoptará Naciones Unidas otra, la 1.541, que contemplará tres posibilidades diferentes para hacer efectivo el derecho a la autodeterminación de los territorios coloniales: que aquellos pasasen a configurarse como Estados soberanos e independientes, que se asociasen libremente a un Estado independiente o, finalmente, que se integrasen, con idéntica libertad, en uno de ellos.

Al año siguiente de la adopción de los dos documentos referidos, en 1961, volvió la Organización de las Naciones Unidas a ocuparse de un problema que tenía entonces una relevancia política central en el ámbito de las relaciones internacionales, dada el gran protagonismo político que había pasado a tener desde principios de los años cincuenta el proceso descolonizador en África y Asia. La Resolución 1.654, de 27 de noviembre de 1961, procederá a la creación de un Comité especial de descolonización formado por diecisiete miembros que, designados por el presidente de la Asamblea General de la ONU, podría utilizar, para llevar a cabo su labor, todos los medios que tuviese a su disposición con arreglo a los procedimientos y normas que determinase para el buen desempeño de sus funciones. Todavía una década después, mediante la Resolución 2.625, de 24 de octubre de 1970, aprobará la Organización de las Naciones Unidas una *Declaración relativa a los principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas*, en la que la Asamblea General reiterará un importantísimo principio ya afirmado previamente: que «ninguna de las disposiciones de los párrafos precedentes se entenderá en el sentido de que autoriza o fomenta cualquier acción encaminada a quebrantar o menospreciar, total o parcialmente, la integridad territorial de Estados soberanos e independientes que se conduzcan de conformidad con el principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos antes descritos, y estén, por tanto, dotados, de un gobierno que representa a la totalidad del pueblo perteneciente al territorio, sin distinción por motivo de raza, credo o color», de modo que «todo Estado se abstendrá de cualquier acción dirigida al quebrantamiento parcial o total de la unidad nacional e integridad territorial de cualquier otro Estado o país».

Esta Resolución 2.625 dejará meridianamente claro que las previamente aprobadas por Naciones Unidas con la finalidad de garantizar el libre ejercicio del derecho de autodeterminación de los territorios coloniales no podrán ser utilizadas como base jurídica para exigir la autodeterminación de regiones pertenecientes a Estados soberanos e independientes formados por territorios no sometidos a dominio colonial. Dicho de otro modo, en las resoluciones de la ONU relativas a la autodeterminación de los pueblos *no existe base jurídica*

alguna que pueda ser esgrimida por los movimientos nacionalistas interiores de Estados nacionales consolidados para sostener sus pretensiones de ejercer un derecho a la autodeterminación respecto de unidades territoriales consideradas por dichos movimientos como naciones sin Estado. Muy lejos de ello, lo que con toda claridad se deriva de las resoluciones previamente mencionadas es una taxativa prohibición de que ningún movimiento secesionista inicie acciones que pudieran tener por finalidad, según la literalidad de la Resolución 2.625, quebrantar o menospreciar, total o parcialmente, la unidad nacional y la integridad territorial de un Estado soberano e independiente, siempre y cuando tal Estado esté dotado de un gobierno que represente a la totalidad del pueblo perteneciente al territorio, sin distinción por motivo de raza, credo o color.

BIBLIOGRAFÍA

Fernández Buey, F.: *Sobre federalismo, autodeterminación y republicanismo*. Barcelona: El Viejo Topo, 2015.

Guimon, J.: *El derecho a la libre determinación: el territorio y sus habitantes*. Bilbao: Universidad de Deusto, 1995.

Ruipérez Alamillo, J.: *Constitución y autodeterminación*. Madrid: Tecnos, 1995.

Ruiz Rodríguez, S.: *La teoría del derecho de autodeterminación de los pueblos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

Urbina, J. J.: *Las Naciones Unidas y su contribución al desarrollo del principio de autodeterminación*. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 2002.

Roberto Blanco Valdés
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Santiago de Compostela

VER TAMBIÉN: ÁFRICA / DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO / DERECHOS HUMANOS / DESCOLONIZACIÓN / GLOBALIZACIÓN / NACIONALIDADES / NACIONES UNIDAS / SECESIÓN Y DERECHO A DECIDIR / SOCIEDAD INTERNACIONAL / TRATADOS INTERNACIONALES

BIENES PÚBLICOS

Por bienes públicos debe entenderse en sentido amplio todos los recursos económicos de titularidad de un ente o Administración Pública, cualquiera que sea su naturaleza (bienes muebles, inmuebles, derechos de crédito, dinero, etc.) Este concepto general no se corresponde sin embargo con el de la Constitución como tampoco con el de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas (Ley 33/2003, de 3 de noviembre), o las leyes respectivas de patrimonio o hacienda de las Comunidades Autónomas.

Constitucionalmente, el art. 132 CE habla de bienes de dominio público y comunales. Sin embargo, el párrafo segundo alude ambiguamente a que por ley se regulará el Patrimonio del Estado y el Patrimonio Nacional, patrimonio que obviamente puede incluir también bienes de dominio público. A su vez el art. 3 LPAP, tras decir que «el patrimonio de las Administraciones Públicas está constituido por el conjunto de sus bienes y derechos, cualquiera que sea su naturaleza y el título de su adquisición…», subraya, sin embargo, que el dinero, los valores, los créditos y algunos recursos financieros de su Hacienda no se entienden incluidos en el patrimonio de las Administraciones Públicas, precepto incomprensible desde un punto de vista estrictamente económico y que solo se explica por no ser aplicable al dinero o a los recursos financieros la legislación patrimonial administrativa, sino la tributaria en el caso de los ingresos públicos o la presupuestaria en el caso de los créditos u otros instrumentos financieros, como los bonos. Aunque esto no es del todo cierto, puesto que la Ley de Patrimonio se ocupa del régimen de los bienes mostrencos en favor de la Administración, lo que incluye el dinero, o de las cuentas corrientes abandonadas, cuyos saldos pasan a poder del Estado.

Dicho lo anterior, la primera cuestión es si los bienes públicos deben tener una regulación distinta de los bienes privados. La respuesta de nuestra legislación es claramente afirmativa, y va más allá del hecho de que algunos bienes al destinarse a finalidades públicas requieren un régimen peculiar (bienes de dominio público o que sin serlo están afectos a una función pública).

Solo razones históricas justifican el régimen peculiar de los bienes patrimoniales de la Administración. Es decir, de los que no están afectos a un uso o servicio público. En el Código Civil de 1889 (art. 339) ya existía un concepto muy amplio de dominio público, que incluía los bienes destinados al fomento de la riqueza nacional. A partir de la Ley de Patrimonio del Estado (de 1964), el concepto de dominio público se restringe a los bienes de uso y servicio público, pero los bienes patrimoniales dejan de regirse estrictamente por el Código Civil, pues la Ley de Patrimonio establece reglas de procedimiento para su adquisición y enajenación.

Ocupándonos ahora del *dominio público* cabe advertir dos notas: 1) Su carácter puramente instrumental frente a la tradicional concepción de que los bienes de dominio público eran los afectos a un uso público. Al incluir dentro del dominio público los bienes afectos al servicio público, la gama de bienes de esta categoría es ilimitada dado que el legislador puede jugar con un concepto muy amplio de servicio público. Y así la televi-

sión fue declarada servicio público o el espacio radioeléctrico. 2) La distinta naturaleza que tienen los bienes de dominio público destinados al uso público (aguas, montes, zona marítimo-terrestre) y aquellos que solo lo son en razón de su afectación a un servicio público. En términos generales es la afectación la que determina el régimen de dominio público, debiendo distinguirse entre la titularidad del bien y su afectación. Esa disociación llega al extremo de que un mismo bien inmueble puede servir de soporte al dominio público y, sin embargo, parte de su subsuelo desafectarse y enajenarse como un bien patrimonial para utilización privada. Véase el art. 26.5 R.D.L. 7/2015, de 30 de octubre.

Que la Administración Pública puede ser titular de bienes, nadie lo discute. Sí, en cambio, si esa titularidad determina una diferente naturaleza de los bienes públicos. El asunto dio lugar a una vieja disputa (Hauriou y Duguit en Francia; en España Villar Palasí, García de Enterría, Sainz Moreno, Parejo Alfonso) que solo tiene sentido sobre el dominio natural, dado que sobre el resto de bienes hay conformidad en que el régimen jurídico público lo determina la afectación a un uso o servicio público, pero la relación entre la Administración y el bien es puramente dominical.

En el dominio natural (aguas, montes, minas, mar territorial, zona marítimo-terrestre) la tesis predominante es que se trata de una relación de propiedad sujeta a un régimen especial de imprescriptibilidad, inalienabilidad e inembargabilidad. Esta tesis la recoge la vigente LPAP que establece la inscripción en el Registro de la Propiedad de los bienes demaniales «que sean susceptibles de inscripción». De modo que el dominio público inmueble debe inscribirse en el Registro, lo que demuestra que la Ley acoge la tesis del Código Civil de que se trata de una propiedad especial. El Derecho positivo no acoge, pues, la tesis de quienes piensan que la relación entre el Estado y los bienes de dominio público natural no es dominical sino de *ius eminens*, por tanto la zona marítimo-terrestre o las aguas continentales no son de propiedad de la Administración sino un soporte físico del ejercicio de potestades administrativas, tesis que parece más conforme con el origen histórico como *res commune omnium,* es decir, cosas de todos, pero que tampoco se da en todos ellos, como demuestra el hecho de que la Ley de Aguas de 13 de junio de 1879 reconociera con naturalidad la propiedad privada de las aguas subterráneas alumbradas o el régimen especial del agua en las Islas Canarias, que transitoriamente mantiene la propiedad privada. En todo caso la titularidad pública del dominio natural tiene hoy en día «una conexión directa con la protección ambiental y con la garantía de la utilización de estos bienes conforme al interés general, vinculación pues entre dominio público y ejercicio de la competencia (SSTC 58/1982 y 227/1988)».

El rasgo más característico de los bienes públicos es su heterogeneidad, pues ni la LPAP cubre todos los aspectos del dominio público ni todos los tipos de bienes públicos. Baste pensar en la legislación de costas, montes, aguas, minas, etc. para comprender que sobre cada clase de dominio público operan unas potestades peculiares. Por otro lado, ya en la misma Constitución se distinguen estos bienes de los comunales o bienes en mano en común, que se caracterizan por su régimen especial de administración y utilización que corresponde a los vecinos. Asimismo, algunos bienes de los que pertenecían a la Corona española se integran en el Patrimonio Nacional

por razones puramente inerciales (incluso durante el régimen franquista tuvieron una administración separada del Ministerio de Hacienda). Y existe también otro tipo de patrimonios públicos. El más destacado es el patrimonio municipal del suelo que creó el Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales de 1955 y ratifica la Ley del Suelo de 1956 con el fin de intervenir –sin éxito alguno, por cierto– en los precios del suelo y que sigue consagrando el texto refundido de la Ley de Suelo de 2015. Formado, inicialmente, por los bienes adquiridos con el 5 por ciento de los presupuestos municipales y a partir del TRLS de 1976 con el 10 por ciento de aprovechamiento cedido por los propietarios en suelo urbanizable o en suelo urbano sujeto a actuaciones de dotación, su régimen jurídico especial está regulado en la legislación urbanística estatal y autonómica.

Los bienes de dominio público, los comunales y los integrados en el Patrimonio Nacional, tienen como característica su imprescriptibilidad, inalienabilidad e inembargabilidad. Por el contrario, los bienes patrimoniales no son *res extra commercium*, por tanto, son perfectamente enajenables, no gozan del privilegio de inembargabilidad, conforme a la STC 166/1998, que solo es aplicable cuando «estén materialmente afectados a un servicio público o una función pública» (FJ 13). El ATC 213/1990 y las SSTC 166/1998 y 228/1998 han notado, sin embargo, que es constitucional la inembargabilidad de «los fondos o saldos de titularidad municipal», solución discutible en cuanto ni los fondos están afectos al cumplimiento de determinados fines, ni dejan de ser sustituibles por otros recursos financieros, como prueba el art. 106 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

BIBLIOGRAFÍA

García-Trevijano Fos, J. A.: «Titularidad y afectación demanial en el ordenamiento jurídico español», en *Revista de Administración Pública*, 29 (1959).

Nieto García, A.: *Bienes comunales*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1964.

Parejo Alfonso, L.: «Dominio público: un ensayo de reconstrucción de una teoría general», en *Revista de Administración Pública*, 100-102 (1983).

Santamaría Pastor, J. A.: «Objeto y ámbito. La tipología de los bienes públicos y el sistema de competencias», en C. Chinchilla (coord.), *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*. Madrid: La Ley, 2014.

Sainz Moreno, F.: «El dominio público: una reflexión sobre su concepto y naturaleza cincuenta años después de la fundación de la Revista de Administración Pública», en *Revista de Administración Pública*, 150 (1999).

José María Baño León
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad Complutense

VER TAMBIÉN: ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO / ADMINISTRACIÓN LOCAL / ADMINISTRACIONES PÚBLICAS / CORONA / DERECHO ADMINISTRATIVO / EXPROPIACIÓN FORZOSA / LEGALIDAD (Principio de) / MUNICIPIO Y AYUNTAMIENTO / PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO / SECTOR PÚBLICO

BIOCONSTITUCIÓN

El término *Bioconstitución* no quiere aludir a una parte específica de las Constituciones estatales formalmente acotada por una materia común; ni mucho menos a una «constitución» paralela a la Constitución política versando también sobre la misma materia. Su propósito es más sencillo y pragmático: identificar las disposiciones constitucionales, en particular los derechos fundamentales y libertades, que pueden verse afectados por las investigaciones de las Ciencias de la vida y por las tecnologías aplicables (biotecnologías, TI, IA, nanotecnologías), así como las regulaciones relacionadas con los ecosistemas y el medio ambiente, a la vista de que todos ellos se encuentran en un proceso continuo y acelerado de expansión. El conjunto jurídico que se ocupa de estas materias se denomina *Bioderecho*.

No cabe duda de que la investigación científica, y en particular la experimentación en seres humanos, han sido el principal motor del nacimiento y desarrollo del Bioderecho. Con el paso del tiempo otras actividades relacionadas con la Biología y con la Medicina continúan con su imparable desarrollo, abriendo nuevos interrogantes. Así, la intervención en los genes humanos (gametos y cigotos; células adultas) mediante diversas técnicas (ingeniería genética, en particular la edición de genes), así como de otros seres vivos (p. ej., transgénesis), los análisis de los genes humanos, las técnicas de reproducción humana asistida, la investigación con material humano, incluyendo embriones y células madre, los trasplantes de órganos, tejidos y células, interfieren en derechos fundamentales de los individuos concernidos.

No es obvio que esta interferencia pueda estar contemplada explícitamente en derechos específicos que han encontrado cabida en la Constitución, pues la estabilidad de la norma (en este caso constitucional) es un presupuesto irrenunciable para garantizar la seguridad jurídica.

A diferencia de los Derechos internos estatales, la Constitución no ofrece una respuesta única a los diversos interrogantes jurídicos, sino un marco de legitimidad dentro del cual el legislador puede optar entre diversas respuestas, incluso lejanas entre sí. Ello explica que asuntos como el final de la vida y la eutanasia y la maternidad subrogada hayan suscitado debates sociales y políticos tan marcadamente enfrentados. La cuestión radica entonces en determinar: 1.º) cuáles son los límites del marco constitucional dentro de los cuales tienen cabida diversas perspectivas, incluyendo otras expansivas o innovadoras; 2.º) si dentro de este marco podemos deducir alguna respuesta para el asunto en discusión.

En esta tarea interpretativa tiene especial importancia la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, al despejar incógnitas sobre el marco constitucional (lo que queda dentro o extramuros de él) y al abrir nuevos cauces a ciertos derechos fundamentales relacionados con las Ciencias de la vida y las biotecnologías.

Por lo que se refiere a recursos o cuestiones de inconstitucionalidad, declaró la conformidad constitucional de la regulación del Código Penal de la esterilización de incapaces con deficiencia psíquica grave (STC 215/1994); del art. 18 CE ha deducido el derecho fundamental a la protección de los datos personales (290/2000 y 292/2000), en el que se inscriben los relativos a la salud, los genéti-

cos y otros biométricos. El TC ha establecido también el estatuto jurídico de la vida prenatal, marcando niveles valorativos diferentes según el grado de desarrollo biológico. Así, la vida humana en gestación no acredita la titularidad de derechos subjetivos, pero sí el estatuto objetivo-material de un bien constitucionalmente protegido (53/1985); declaró inconstitucional la ley sobre la utilización de células, tejidos y embriones humanos en un aspecto secundario (212/1996); el embrión *in vitro* merece una protección jurídica de rango inferior, al ser incierto su desarrollo vital hasta su transferencia e implantación en el útero materno, dando así inicio a la gestación (116/1999); sobre la rectificación registral relativa al sexo de las personas, declarada parcialmente inconstitucional (99/2019).

Algunos recursos de amparo han tenido asimismo interés con respecto a algunas situaciones biomédicas controvertidas, como huelgas de hambre (117/1990 y concordantes) y el rechazo de transfusiones de sangre por motivos religiosos en el caso de un menor (154/2002).

Otro recurso del que se ha dotado la propia Constitución Española para mantenerla abierta a los desarrollos jurídicos del más alto nivel sobre las Ciencias de la vida, sin por ello desdibujar o relativizar su contenido, es el siguiente: «Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España» (art. 10.2).

Esta importante labor interpretativa que hemos recordado que desempeñan el TC y, sin atribuirse las funciones exclusivas de esta, los tribunales de justicia ordinarios, viene facilitada por este precepto constitucional. Debemos también reseñar aquí la contribución en estas iniciativas interpretativas que satisface la doctrina científica.

No olvidemos tampoco que la facultad del Estado de obligarse por medio de tratados y convenios la ejercen, según la materia de que se trate, las Cortes Generales y el Gobierno. Una vez cumplidos todos los requisitos y publicados en el BOE pasan a incorporarse al Derecho interno, por tanto, directamente aplicables, salvo cuando por razón de la materia (incorporación de infracciones y sanciones, penales principalmente) deba promulgarse una ley, en virtud de las exigencias del principio de legalidad (art. 93 y sigs. CE).

Parece indiscutible el proceso de internacionalización de los aspectos jurídicos relacionados con la Biomedicina, las biotecnologías y los ecosistemas, y que este proceso ha facilitado el papel uniformizador de las construcciones sobre los derechos humanos, internalizados en alguna ocasión como derechos fundamentales o derechos constitucionales.

Dejando sentado el amplio reconocimiento dispensado a la libertad de creación y producción científicas como derecho fundamental (art. 20.1, b, CE), podemos recordar algunos instrumentos jurídicos internacionales o supranacionales aprobados por organismos gubernamentales.

En el seno de la UNESCO, la Declaración sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos (1997) fue un verdadero hito para la comunidad internacional, al ocuparse de un asunto ciertamente novedoso; el mismo título sugiere las insuficiencias que podrían encontrarse en la Declaración Universal (1948); la Declara-

ción sobre las Responsabilidades de las Generaciones actuales para con las Generaciones futuras (1997), que proclama la protección del genoma humano y la preservación de la diversidad biológica, y que el progreso científico y tecnológico no debe perjudicar ni comprometer de ningún modo la preservación de la especie humana ni de otras especies (art. 6); la Declaración Internacional sobre Datos Genéticos Humanos (2003); la Declaración Universal sobre la Bioética y los Derechos Humanos (2005), también de la UNESCO. En este contexto hay que situar igualmente la Declaración de las Naciones Unidas sobre la Clonación Humana (2005), aunque no alcanzó la unanimidad de las anteriores y mereció críticas de diversos sectores sociales, entre ellos de la comunidad científica, por incluir la prohibición de la clonación humana con fines de investigación.

El Consejo de Europa continúa siendo el organismo internacional regional motor de la construcción jurídica sobre el Bioderecho a través de diversos convenios, recomendaciones y resoluciones. Destaca el Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina (1997, Convenio de Oviedo) y sus protocolos adicionales. Solo mencionaré que proclama que «las Partes en el presente Convenio protegerán la dignidad e identidad de todo ser humano y garantizarán a toda persona, sin discriminación alguna, el respeto de su integridad y sus demás derechos y libertades fundamentales con respecto a las aplicaciones de la Biología y de la Medicina» (art. 1.º); y que «el interés y el bienestar del ser humano prevalecerán frente al exclusivo interés de la sociedad o de la ciencia» (art. 2.º).

Por su parte, la Unión Europea ha aprobado el Tratado de Lisboa, en el que se incluye una relación de derechos, libertades y principios, algunos de los cuales guardan relación directa con la Medicina y la Biología. Sobre todo aflora una nueva dimensión para el Derecho Constitucional y en particular para los derechos fundamentales en los Estados miembros de la UE, al habérseles reconocido el máximo rango jurídico a algunos «derechos de la Biomedicina».

Esta apuesta por entroncar estas ramas del saber con alguno de los derechos que la «Constitución» Europea proclama constituye una importante novedad en el constitucionalismo en general, sin perjuicio de los ejemplos que nos ofrece el constitucionalismo comparado desde hace unos años: las Constituciones de Grecia (art. 5.5, derecho a la protección de la identidad genética), Portugal (art. 26.3, derecho a la identidad genética), Suiza (art. 119 y sigs., reproducción asistida e ingeniería genética sobre seres humanos y sobre otros seres vivos y trasplante de órganos), Alemania (art. 20a, protección de los fundamentos naturales de la vida y de los animales teniendo en cuenta las responsabilidades con las generaciones futuras) y, desde una perspectiva ambiental o de colectivos humanos, las de Ecuador y Perú.

Se ha extendido en la doctrina la denominación de *soft law* a numerosos instrumentos jurídicos provenientes del ámbito internacional. Son normas jurídicas no esencialmente obligatorias ni coercitivas, sino exhortativas, lo que ha facilitado su aprobación por los Estados, al no comprometerles de forma obligatoria. En los Derechos internos ha ido transitando de forma constante hacia un Derecho caracterizado por normas de determinación, esto es, por su obligatoriedad, al estar ya respaldadas cada vez con mayor frecuencia por sanciones y otras consecuencias jurídicas, también en el Derecho Internacional; así, los Convenios sobre Falsificación de Medicamentos que pueda afectar a la Salud Públi-

ca (2011), contra el Tráfico de Órganos Humanos (2015). Sin perjuicio de asumir la claridad de la expresión *soft law*, no debe olvidarse que los internacionalistas suelen reconocer a las declaraciones como fuentes del Derecho por la vía de los principios generales del Derecho, que es una figura bien conocida jurídicamente.

BIBLIOGRAFÍA

AA. VV., Voces: «Bioderecho» (G. Figueroa), «Bioderecho en España» (C. M. Romeo Casabona), «Bioderecho Internacional» (H. Gros Espiell) «Bioderecho y Bioética» (C. M. Romeo Casabona), «Bioética» (D. Gracia Guillén), «Constitucionalismo y Bioderecho» (R. Chueca Rodríguez); en Romeo Casabona, C. M., dir.: *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, I y II. Granada: Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano – Comares, 2011.

Caporale, C.; Pavone, I. R.: *International Biolaw and Shared Ethical Principles*. London: Routledge, 2018.

Casonato, C., *et al*.: «Costituzione e Biodiritto: un approccio e una sfida», en *Biolaw Journal,* Special Issue, 2 (2019).

Troncoso Reigada, A., *Los bioderechos y la interpretación constitucional a la luz de la dogmática alemana*. Madrid: Civitas, 2019.

Carlos María Romeo Casabona
Dr. iur Dr. med.
Catedrático de Derecho Penal
Grupo de Investigación «Cátedra de Derecho y Genoma Humano»
Universidad del País Vasco/EHU

VER TAMBIÉN: CONSTITUCIÓN / DERECHO CONSTITUCIONAL / DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO / DERECHO Y MORAL / DERECHOS FUNDAMENTALES / DIGNIDAD / GENOMA HUMANO / LIBERTAD RELIGIOSA / OBJECIÓN DE CONCIENCIA / POLÍTICA SANITARIA / PROPIEDAD INTELECTUAL / *SOFT LAW*

BUENA ADMINISTRACIÓN

«*Buena Administración*» es una de esas expresiones que objetivamente dicen más bien poco, pero que tienen una gran potencialidad y un efecto balsámico en la medida en que sirven para todo y se generalizan sin saber muy bien, a veces, qué suponen, innovan o significan. «Buena Administración», como también «buen gobierno», como «gobernanza» o como «buenas prácticas» son palabras que el discurso político o incluso las leyes incorporan pero que no se traducen en nada o casi nada si no tienen detrás el respaldo de previsiones concretas, derechos exigibles y regímenes consolidados. Porque, ¿qué son, en definitiva, «buenas prácticas» o qué significa «buena Administración»? Como hay que descartar que la expresión se defina en negativo (sería así lo contrario de mala Administración, esto es, una Administración inepta, corrupta e ineficaz) es necesario buscar un contenido positivo; un contenido que aparece, por primera vez, en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000, que se convirtió en Derecho vigente en 2009. Se refiere a los derechos que la Unión garantiza y que rige también en los Estados miembros «cuando apliquen Derecho de la Unión».

El art. 41 de dicho texto dice así: «*Derecho a una buena administración.* 1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones, órganos y organismos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable. 2. Este derecho incluye en particular: a) el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que la afecte desfavorablemente; b) el derecho de toda persona a acceder al expediente que le concierna, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial; c) la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones. 3. Toda persona tiene derecho a la reparación por la Unión de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros. 4. Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y deberá recibir una contestación en esa misma lengua».

El precepto, como digo, se aplica directamente solo a las relaciones con las instituciones de la UE y a los Estados que apliquen el Derecho europeo, pero es evidente que sirve también de marco y referente en el ámbito interno por más que la mayor parte de las previsiones del precepto estaban ya, de hecho, incluidas entre nosotros en la legislación del procedimiento administrativo, tanto en la Ley vigente en el momento de aprobarse la Carta (Ley 30/1992, de 26 noviembre) como en la actualidad en la Ley 39/2015, de 1 octubre. Y en todo caso los principios generales se deducían también de la propia Constitución cuyo art. 103 –verdadero punto central de referencia– afirma y proclama que la Administración «sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia (…) con sometimiento pleno a la ley y al Derecho».

Por lo que hace hoy a la Ley 39/2015, aplicable en su mayoría con carácter básico a todas las Administraciones Públicas, obsérvese que en ella se contemplan

los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con las Administraciones Públicas (art. 13) y, entre ellos está, como también prevé la Carta Europea, el derecho a ser tratados con respeto y deferencia por las autoridades y empleados públicos; el derecho a usar las lenguas cooficiales en los territorios que las tengan reconocidas (que reitera el art. 15); el acceso a la información pública, archivos y registros, de acuerdo con lo previsto en la Ley 19/2013, de 9 diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno; el derecho a exigir responsabilidad; o el derecho a la confidencialidad de los datos que figuren en los ficheros administrativos…

Estos derechos de las personas son independientes de los que a los interesados en un concreto procedimiento administrativo les reconoce el art. 53 de la misma Ley. Entre ellos, el derecho a conocer el estado de los procedimientos que les afecten; a obtener copia de los documentos contenidos en dichos procedimientos; a identificar a las autoridades y al personal bajo cuya responsabilidad se tramiten los expedientes; a no presentar documentos originales ni aquellos otros que se encuentren ya en poder de la Administración; a formular alegaciones, a aportar documentos y al trámite de audiencia antes de resolver. En el caso de procedimientos sancionadores, los presuntos responsables tendrán, además, el derecho a conocer los hechos que se les imputen y a la presunción de inocencia.

Por lo demás, va de suyo que el interesado tiene derecho a la actuación objetiva de la Administración que prevé la propia Constitución; a la motivación de los actos que le afecten (art. 35 LPA) y, desde luego, a la notificación de la resolución de que se trate (art. 40 LPA). También a ser indemnizado de toda lesión que sufra en sus bienes y derechos, principio que se contiene en la Constitución y regula en detalle el art. 32 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público. Esta Ley conecta también con la idea de la «buena Administración» cuando en su art. 3 enuncia una serie de principios generales de actuación para todas las Administraciones. Así, tras reiterar el contenido del art. 103 CE, establece que las Administraciones deberán respetar en su actuación, entre otros, el principio de servicio efectivo a los ciudadanos; el de simplicidad, claridad y proximidad; el de participación, objetividad y transparencia; el de racionalización y agilidad en los procedimientos y en las actividades materiales de gestión. Deberán asumir también el principio de buena fe, confianza legítima y lealtad institucional; el de responsabilidad en la gestión; la evaluación de resultados; y los principios de eficacia, economía, suficiencia y eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos.

Muchas de estas pautas de comportamiento son simplemente derivaciones de principios constitucionales y algunas han sido desarrolladas por leyes posteriores del Estado y, en ocasiones, de las Comunidades Autónomas. Así, cabe citar la Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, la Ley 27/2006, sobre los derechos de acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en materia de medio ambiente o la Ley 41/2002, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, por no citar el precepto que contempla los derechos de los ciudadanos ante la Administración tributaria (art. 34 de la Ley 58/2003, General Tributaria).

Pero en el fondo se trata de lo mismo, esto es, la concreción y el desarrollo de principios y valores plasmados en la

Constitución bien desde la óptica de la Administración (en particular, el art. 103), bien desde la de algunos derechos garantizados a los ciudadanos.

Las llamadas Leyes de reforma, modernización, mejora, simplificación o, directamente, de buena administración (como la Ley gallega 1/2015, de garantía de la calidad de los servicios públicos y de la buena Administración) reiteran, repiten, completan o desarrollan estas mismas ideas, estableciendo compromisos de calidad, fomento de la participación, evaluaciones periódicas o medidas de agilización. Como dice el preámbulo de la citada Ley gallega de 2015: «Se busca (…) adoptar un modelo de Administración en el que cada nueva evaluación permita la implantación de nuevas medidas que pasen, a su vez, a ser evaluadas y analizadas en un proceso de mejora continua tendente a la excelencia».

Quizá sea un poco exagerado decir que con esta Ley se pretende dotar a la Comunidad Autónoma «de un nuevo marco jurídico que adopte, de una forma coherente y comprensiva y con una inequívoca vocación modernizadora, la nueva cultura de la Administración del siglo XXI». Porque tan solemnes palabras (nada menos que alumbrar una «nueva cultura») deberán pasar por el filtro de la percepción externa y la exigibilidad formal. Desde el punto de vista jurídico, modernizar, innovar, simplificar, propiciar agilidad o calidad, conseguir, en suma, una buena y ágil Administración significa simplemente que esta sea eficaz... porque la eficacia es ya el principal valor constitucional del art. 103, compensado con el no menos importante principio de control que consta en el mismo precepto. A su servicio deben preverse técnicas concretas para hacerlo efectivo. Porque los principios son importantes, pero lo que finalmente queda son los resultados y estos solo pueden ser juzgados por sus destinatarios, que deberán poder disponer de instrumentos precisos para su exigencia. Solo así la buena Administración será algo más que un hermoso precepto. Con todo y aun siendo conscientes de la debilidad de las palabras, los postulados genéricos que bajo ella subyacen van poco a poco encontrando acomodo en las leyes de desarrollo y aun empiezan a ser utilizados por la jurisprudencia para hacer derivar, en ocasiones, soluciones concretas.

BIBLIOGRAFÍA

Ponce Solé, J.: *Deber de buena administración y derecho al procedimiento debido*. Valladolid: Lex Nova, 2001.

Zambonino, M.ª, dir.: *Buen gobierno y buena administración: Cuestiones claves*. Madrid: Iustel, 2019.

Luis Martín Rebollo
Catedrático de Derecho Administrativo
Profesor emérito de la Universidad de Cantabria

VER TAMBIÉN: ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA / ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO / ADMINISTRACIONES PÚBLICAS / BUEN GOBIERNO / BUROCRACIA / CIENCIA DE LA ADMINISTRACIÓN / DERECHO ADMINISTRATIVO / FUNCIÓN PÚBLICA / GOBERNANZA / INTERÉS GENERAL / ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA / PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO / SECTOR PÚBLICO / TRANSPARENCIA

BUENA FE

La buena fe en el lenguaje jurídico refleja el valor ético social designado por ese concepto en el lenguaje cotidiano (la confianza), pero reducido a su valor jurídico: solo a aquella confianza jurídicamente válida. La «buena fe» se mide en la relación concreta en la que opera: no hace referencia al comportamiento general de la persona, sino a su posición en una concreta relación jurídica. La «mala fe» designa la intención dolosa, maliciosa o abusiva de un sujeto, dirigida a producir un error, engaño o resultado lesivo. En la expresión «mala fe», el sustantivo «fe» significa «intención»; en cambio, en la expresión «buena fe» alude a «confianza» (Sáinz Moreno). La interdicción de la mala fe en sentido amplio procede del principio de que «nadie puede perseguir la finalidad de causar daño a otro». La buena fe sirve a la seguridad jurídica; su protección jurídica es distinta de la prohibición del fraude a la ley y del abuso de derecho. Sin embargo, los tres postulados (exigencia de buena fe, prohibición del abuso de derecho o ejercicio antisocial del mismo y prohibición del fraude de ley, arts. 7.°, 1; 7.°, 2, y 6.°, 4, del Código Civil) forman un conjunto aunque no se den, necesariamente, de forma simultánea: quien abusa de su derecho o quien comete un fraude de ley suele lesionar la buena fe de un tercero, pero no es preciso que así suceda para que su conducta sea antijurídica (Sáinz Moreno).

Buena fe *objetiva* es aquella que impone a todos los sujetos de derecho el deber de mantener, en todas las relaciones jurídicas, un comportamiento probo, leal y confiable (Rodovalho) y consiste en la concordancia entre el comportamiento del sujeto y el sistema legal (Lluis y Navas). La buena fe tiene una función integradora de la voluntad negocial –art. 1.258 CC: «Los contratos (…) obligan, no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley» y art. 57 del Código de Comercio: «Los contratos de comercio se ejecutarán y cumplirán de buena fe, según los términos en que fueren hechos y redactados, sin tergiversar con interpretaciones arbitrarias el sentido recto, propio y usual de las palabras dichas o escritas, ni restringir los efectos que naturalmente se deriven del modo con que los contratantes hubieren explicado su voluntad y contraído sus obligaciones»–; es una regla de conducta para delimitar el ejercicio de los derechos. Además, la buena fe objetiva cumple otras funciones: constituye un estándar de comportamiento, sirve de criterio hermenéutico que forma parte del contrato, y supone un límite al ejercicio de las posiciones jurídicas. Sin embargo, no todos los derechos, en cualquier caso y lugar, necesitan ejercitarse de buena fe e incluso hay ocasiones en que, sin derecho, la buena fe produce sus efectos (De los Mozos).

Buena fe *subjetiva* es la creencia errónea, en la fe pública registral, en la usucapión, en la posesión, en la adquisición de los frutos, en la conclusión de los negocios, en la responsabilidad, etc.; su expresión típica se encuentra en los arts. 433 y 1.950 CC.

Para Díez-Picazo se debe distinguir entre la idea escueta de buena fe (que es un concepto técnico jurídico que se inserta en una multiplicidad de normas para describir un supuesto de hecho) y el

principio general de la buena fe (que ya no es un elemento de un supuesto de hecho, sino una norma jurídica completa elevada al rango de principio general del Derecho). La contemplación de la buena fe como algo imputable a la persona no quiere decir que por eso quede reducida a pura subjetividad. En opinión de Hernández Gil, deben tratarse como proposiciones normativas los arts. 433 («Se reputa poseedor de buena fe al que ignora que en su título o modo de adquirir exista vicio que lo invalide. Se reputa poseedor de mala fe al que se halla en el caso contrario») y 1.950 (la buena fe del poseedor consiste en la creencia de que la persona de quien recibió la cosa era dueño de ella, y podía transmitir su dominio) del Código Civil. Estos preceptos contienen la formulación típica de la buena fe subjetiva según el esquema kelseniano del supuesto y la consecuencia jurídica. La atribución de efectos es la función esencial de la buena fe; a través de ella «el Derecho se abre a la realidad ético-social subyacente».

En el Derecho romano, la buena fe es la cualidad del *animus* del poseedor civil que no tiene conocimiento de lesionar el derecho de otro al retener él la posesión como propietario; en cambio, el de mala fe sabe que la cosa que posee como si fuera propietario, pertenece a otro, a pesar de que puede alegar un modo lícito que justifica aparentemente su posesión (D'Ors).

Este concepto fue introducido de modo expreso en el art. 7.1 CC en la reforma de 1974: «los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe». Tiene en el Derecho alemán y en el italiano dos antecedentes que han ejercido influencia en la doctrina española: el parágrafo 242 del Código Civil alemán y el art. 1.175 del italiano: *Treue* y *correteza* son los conceptos que se utilizan. Por su parte, el art. 2°del Código suizo dispone que todos están obligados a «ejercer sus derechos y a cumplir sus obligaciones según las reglas de la buena fe».

En cuanto requisito de las instituciones que así lo prevén, la buena fe es una actitud jurídica del sujeto que constituye una obligación para quien la norma lo determine. Así, el art. 11.1 LOPJ establece que «en todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe». También se exige en el art. 542.2 en relación con la actuación de los abogados. Las Administraciones Públicas sirven con objetividad los intereses generales y deberán respetar en su actuación los principios de buena fe y confianza legítima (art. 3, 1, e) de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público). En el ámbito laboral, el Estatuto de los Trabajadores (Real Decreto Legislativo 2/2015), en su art. 54 (despido disciplinario), prescribe: (…) «2. Se considerarán incumplimientos contractuales: (…) d) La transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo». En el ámbito del Derecho Internacional es un principio aplicable al cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados. El art. 2.2 de la Carta de las Naciones Unidas (1945) establece que «los miembros de la Organización, a fin de asegurarse los derechos y beneficios inherentes a su condición de tales, cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos, de conformidad con esta Carta». La obligación de la buena fe de los Estados se reitera y explicita en la Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General y tiene carácter de principio estructural, categoría única del ordenamiento internacional que es superior a la de los principios generales. El art. 26 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (1969) prevé que «todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido

por ellas de buena fe», y asimismo, en su art. 31.1 determina que «un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin». En Derecho Internacional lleva a cabo «una función de extraordinaria importancia: servir de límite a la discrecionalidad del Estado soberano en el ejercicio de sus competencias, corregir los posibles abusos del Estado en la apreciación del alcance de sus derechos y obligaciones jurídicas internacionales» (Carrillo Salcedo). La buena fe como uno de los aspectos que deben garantizarse en el comercio está prevista en la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías (1980).

Es en las normas del Derecho privado donde se emplea con frecuencia el concepto de buena fe (Código Civil, arts. 7, 69, 361, 382, 433 a 436, 451 a 454, 464, 1107, 1164, 1258, 1473, 1529, 1530, 1705, 1940, 1950, 1951, etc.; Código de Comercio, art. 57; Ley Hipotecaria, art. 34, etc.). Por ello, la teoría general de la buena fe ha sido elaborada por los iusprivatistas. En el ámbito del Derecho público es una noción que la doctrina y la jurisprudencia fueron introduciendo paulatinamente hasta que se recogió en la norma. García de Enterría incluía la vulneración de «la buena fe» entre los supuestos de ejercicio arbitrario de la potestad reglamentaria; después, se aplicó al control, en general, de la potestad discrecional. En el ámbito del Derecho Administrativo, opera fundamentalmente como principio jurídico que limita el ejercicio de un derecho subjetivo o de un poder jurídico (Sáinz Moreno). Téngase en cuenta que «La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa... con sometimiento pleno a la ley y al Derecho» (art. 103.1 CE). Por tanto, también al principio de la buena fe, que es elemento esencial para la seguridad jurídica.

BIBLIOGRAFÍA

Bastante Granell, V.: «La buena fe contractual: un apunte histórico-jurídico», en *e-Legal History Review*, 22 (2016).

De Los Mozos, J. L.: *El principio de la buena fe, sus aplicaciones prácticas en el Derecho Civil español*. Barcelona: Bosch, 1965.

— *La buena fe en el título preliminar del Código Civil*. Madrid: Academia Matritense del Notariado, 1977.

González Pérez, J.: *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*. 3.ª ed. Madrid: Civitas, 1999.

Hernández Gil, A.: *Reflexiones sobre una concepción ética y unitaria de la buena fe,* discurso pronunciado en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1979.

Lluis y Navas, J.: *Estudios sobre la buena fe y el principio de proporción en las sanciones*. Barcelona: s.n., 2013.

Montoya Melgar, A.: *La buena fe en el Derecho del Trabajo*. Madrid: Tecnos,2001.

Ripert, G.: «Les regles du droit civil applicables aux rapports internationaux», en *Recueil des Cours*, 44 (1933-11).

Sáinz Moreno, F.: «La buena fe en las relaciones de la Administración Pública con los administrados», en *Revista de Administración Pública*, 89 (1979).

WIEACKER, F.: *El principio general de la buena fe* (Prólogo de L. Díez-Picazo). Madrid: Civitas, 1977; 2.ª ed. 1986.

María José ROCA FERNÁNDEZ
Catedrática de Derecho Constitucional
Universidad Complutense

VER TAMBIÉN: ABUSO DE DERECHO / ARBITRARIEDAD / CÓDIGO CIVIL / CONTRATO DE TRABAJO / CONTRATOS / DERECHO Y MORAL / INTERÉS GENERAL / NEGOCIO JURÍDICO / OBLIGACIÓN JURÍDICA / REGISTROS JURÍDICOS / SEGURIDAD JURÍDICA / TRATADOS INTERNACIONALES

CODIFICACIÓN

Como se afirma en el preámbulo de los nuevos Estatutos de la Comisión General de Codificación (R.D. 845/2015, de 28 de septiembre): «La codificación es una técnica legislativa que ordena, sistematiza y clarifica el ordenamiento jurídico, a la vez que contribuye a simplificarlo mediante la reunión de normas dispersas en un texto único. La utilidad de los códigos no se proyecta únicamente sobre la actividad de los profesionales del Derecho, sino también sobre la vida de los ciudadanos... e incluso sobre la economía de la nación… Además, los principios constitucionales que perfilan el Estado de Derecho –legalidad, jerarquía normativa, seguridad jurídica, interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos– exigen la clarificación y simplificación del ordenamiento, y la vía más adecuada para obtener esas metas es precisamente la codificación…»

Si bien se considera que el movimiento codificador surge en el siglo XIX, y va más allá de la mera recopilación o refundición de normas, al incidir en la ordenación sistemática, racional y unitaria de una materia, la idea de la codificación de las normas jurídicas se remonta a la Antigüedad clásica greco-latina, con el antecedente relevante del Código babilónico de Hammurabi, del XVIII a. C. Se atribuye al legislador Dracón la primera codificación de leyes, en el VIII a. C., y su exposición en tablas de piedra, en el ágora ateniense, para conocimiento público. Con vocación codificadora se recopiló y aprobó en la Roma republicana del V a. C., la Ley de las XII Tablas, *Lex duodecim tabularum*, considerada como fuente del Derecho público y privado de su época, *fons omnis publici privatique iuris*, en expresión de Tito Livio.

En la etapa republicana romana, la ley, *lex*, producto de la voluntad popular, constituye la principal fuente del Derecho. Una nota que caracteriza la época posclásica es el afán compilador, que hizo posible que una parte de la jurisprudencia y la legislación clásica se hayan conservado.

El término latino *codex*, código, como recopilación de leyes, comenzó a utilizarse en el Bajo Imperio romano, primero para designar dos colecciones privadas de rescriptos imperiales, *Codex Gregorianus*, del siglo III, y *Codex Hermogenianus*, del siglo IV, y con posterioridad, el Código Teodosiano, *Codex Theodosianus*, que promulgado, en el 438 d. C., por Teodosio II, emperador de Oriente, es también aceptado como vigente en el Imperio de Occidente, y el Código de Justiniano, *Codex Iustinianus*, del 534. El *codex* justinianeo es una de las partes (las otras son el Digesto, las Instituciones y las Nuevas Constituciones), de la Compilación justinianea, denominada *Corpus Iuris Civilis*, a partir del XVI, y considerada la codificación jurídica de mayor influencia en la Historia. El conjunto de fuentes del Derecho canónico se recopila en el *Corpus Iuris Canonici*.

De entre los códigos visigóticos, el *Liber iudiciorum* de Recesvinto, más conocido como Fuero Juzgo, del siglo VII, considerado por la doctrina mayoritaria el primer código de la nación española, procura armonizar el Derecho romano y el Derecho germánico-visigótico.

Especial relevancia tiene el Código de las Siete Partidas de Alfonso X el Sabio, del siglo XIII, de notable influencia romanística, y uno de los pilares de la legislación española hasta el Código Civil.

La multiplicidad de fuentes normativas en la Baja Edad Media, *ius commune*, derechos locales, estatutos municipales, derechos feudales, costumbres etc. produce contradicciones y ausencia de certeza, choca frontalmente con la concepción de los Estados absolutos de la Edad moderna, que cuestionan la metodología de glosadores y comentaristas y legislan para revertir la confusión legislativa. *Corruptissima re publica plurimae leges*, había escrito ya Tacito en sus *Annales*.

En el siglo XIX se inicia el moderno movimiento codificador en Europa, Iberoamérica y en otros continentes. Se procede, en una primera etapa, a la elaboración y aprobación de Códigos Civiles, para extenderse, con posterioridad, a los demás sectores jurídicos.

La concepción del iusnaturalismo racionalista del Derecho formado por normas abstractas, racionales, intemporales y conforme a la naturaleza del hombre, desemboca en la idea de la codificación del Derecho positivo.

La reacción frente al iusnaturalismo racionalista se produce en la Alemania del XVIII y el XIX, primero con la Escuela Histórica y posteriormente con la Pandectística. Para la Escuela Histórica, cuyo máximo exponente es Savigny, el Derecho es un organismo vivo, en constante cambio, que nace en cada pueblo y se desarrolla como la lengua y como el arte. Frente al manifiesto de Thibaut, jurista liberal racionalista alemán, en el que se mantiene la necesidad de promulgar un Código Civil único para todo el territorio, Savigny afirma que hay que investigar cuál es el Derecho que está en la conciencia del pueblo alemán, y que solo entonces podrá acometerse la tarea de codificar.

Las razones en pro y en contra de la codificación fueron, en todo caso, básicamente las mismas en los países europeos y en los americanos si bien, como subraya Díez-Picazo, destaca la necesidad de conocer con claridad la legislación aplicable ante la existencia de un conjunto numeroso de leyes procedentes de distintas fuentes, muchas de ellas mal conocidas y no fáciles de hallar.

Dos son las grandes codificaciones europeas, que continúan vigentes aunque con numerosas reformas legislativas, el Código Civil francés de 1804, y el Código Civil alemán de 1900, de las que son deudoras, en mayor o menor medida, las codificaciones de las demás naciones.

El Código Civil napoleónico, considerado el de mayor influencia de la historia, se inspira básicamente en las obras de Domat, *Lois civiles dans leur ordre naturel*, y Pothier, *Pandectae Justinianae in novum ordinem redactae*, que persiguen la actualización de las Pandectas, así como en el Derecho consuetudinario y el Derecho franco germánico, en determinadas materias. Napoleón ejecuta uno de los proyectos de los ideólogos de la Revolución francesa: la codificación del Derecho. Al Código Civil, siguieron el Código de Procedimiento Civil de 1806, el de Comercio de 1807, el de Instrucción Criminal de 1808 y el Penal de 1810.

El segundo gran código europeo es el alemán, BGB, de 1900, que supone importantes innovaciones respecto al Código napoleónico, dado que tiene en

cuenta, en mayor grado que este, soluciones propias de la tradición jurídica germánica. El principal inspirador y, en este caso, también impulsor fue el pandectista Windscheid, y su obra de referencia *Pandektenrecht*.

El Código Civil español de 1889 destaca por su notable técnica jurídica, su lenguaje claro y elegante, y la coherencia de su contenido, por lo que cabe considerarlo una excelente obra jurídica.

En el Derecho común inglés, *Common Law*, la ausencia de codificación constituye uno de los elementos de contraste respecto del Derecho continental europeo. El *Common Law* está formado por decisiones judiciales, costumbres locales y en muy pequeña proporción por instituciones propias del Derecho germánico y elementos de Derecho romano. Se trata de un Derecho no codificado, judicialista, casuístico, en el que priman los principios de publicidad, inmediatez y oralidad.

En Iberoamérica el modelo formal por excelencia es el Código de Napoleón. El Código Civil chileno, redactado por Andrés Bello y promulgado en 1855, sigue vigente, y se convirtió en una especie de Código de referencia para Iberoamérica. Se basa fundamentalmente en el antiguo Derecho romano castellano y en el Código napoleónico, junto con elementos propios del Derecho germánico. Los otros dos Códigos paradigmáticos son el argentino, elaborado por Vélez y promulgado en 1869, y el proyecto de Código brasileño de 1865, de Freitas, ambos de base romanística.

En el momento actual, escribe Astarloa, estamos ante una encrucijada histórica tan exigente como la que en el siglo XVIII llevó a la sustitución de la normativa propia del Antiguo Régimen por la primacía de la ley formal. Planteadas en la realidad las distintas disyuntivas, entre ellas, la descodificación y la recodificación, y la previsible codificación del Derecho privado de la Unión Europea, la doctrina mayoritaria que se ha ocupado en España de esta temática, entre otros Aurelio Menéndez y Luis Cazorla, opta por una nueva codificación que mantenga la técnica y la calidad de las normas propia de la vieja forma de legislar, al tiempo que considera que una comprensión extensiva del Derecho codificado alcanza a ciertas leyes generales o troncales, imbuidas del hálito codificador, que forman el suelo básico tanto del Derecho público como del Derecho privado español.

BIBLIOGRAFÍA

Astarloa Huarte-Mendicoa, I.: «La codificación como instrumento valioso para la mejora de la calidad del ordenamiento», en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Castán Vázquez*. Madrid: Reus, 2019.

Cazorla Prieto, L.: *Codificación contemporánea y técnica legislativa*. Pamplona: Aranzadi, 1999.

Fernández-Tresguerres Fernández, A.: *El Derecho privado europeo en la transformación digital*. Pamplona: Aranzadi, 2019.

Menéndez y Menéndez, A., dir.: *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*. Madrid: Civitas, 2011.

Robles Morchón, G.: *Teoría del Derecho*. Madrid: Civitas, 2015.

Antonio Fernández de Buján y Fernández
Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España
Catedrático de Derecho Romano
Universidad Autónoma de Madrid

VER TAMBIÉN: CÓDIGO CIVIL / *COMMON LAW* / DERECHO CIVIL / DERECHO PENAL / DERECHO PROCESAL / DERECHO ROMANO / HISTORICISMO Y ESCUELA HISTÓRICA / IUSNATURALISMO / LENGUAJE JURÍDICO / MÉTODO JURÍDICO / POSITIVISMO JURÍDICO / SEGURIDAD JURÍDICA / TEORÍA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO

CÓDIGO CIVIL

El Código Civil es un sistema de reglas orgánicamente coordinadas y subordinadas, que pretende reunir con vocación de generalidad y plenitud todas las instituciones jurídicas que integran el Derecho Civil, redactadas con brevedad y concisión. Se funda en un conjunto de principios generales de los que derivan otros más específicos, de manera que, al menos teóricamente, bajo sus preceptos se podrían resolver todos los conflictos jurídicos imaginables que pueden surgir entre particulares, ya sean personas físicas o jurídicas. Frente a las meras recopilaciones de leyes («amontonadas» por orden cronológico), tan extendidas hasta los albores del siglo XIX, el Código se caracteriza por la unidad de redacción y por esa pretensión de integridad y suficiencia, unidas a la certeza y seguridad que tiene la ley escrita. Esas cualidades son fruto de la disposición sistemática y orgánica de los preceptos que integran el Código, los cuales derivan de unos principios que permiten su aplicación a casos no expresamente previstos en el texto, así como la facilidad de encontrar la solución buscada. La codificación es ante todo un intento de racionalización jurídica, en cuanto mundo normativo, tanto en línea de perfección cuantitativa (reducción del número de mensajes en que plasmar las reglas del Derecho), como de perfección cualitativa.

Con algún precedente en la Prusia de finales del siglo XVIII derivado directamente de los ideales de la Ilustración y del racionalismo filosófico y jurídico, el primer Código Civil moderno es el denominado Código de Napoleón de 1804, que tuvo una influencia directa en todas las codificaciones del siglo XIX, en Europa, incluida la española, y en Sudamérica.

Tras un largo y tortuoso camino marcado por los vaivenes políticos de la España del siglo XIX, y después del fallido Proyecto de Código de 1851 debido a García Goyena, decididamente liberal, moderadamente progresista y tremendamente afrancesado (en muchas partes, directamente traducido del Código francés), el Código Civil español finalmente se publica por Real Decreto de 24 de julio de 1889. El texto fue redactado por la Comisión General de Codificación y publicado por el Gobierno bajo la regencia de María Cristina, de conformidad con las prescripciones contenidas en la Ley de Bases de 11 de mayo de 1889, promovida por el ministro Alonso Martínez. Consta de 1.976 artículos, repartidos en un título preliminar (artículos 1 a 16) y cuatro libros, que se organizan con arreglo al denominado plan romano-francés: el primero, dedicado a la personas y su capacidad, la nacionalidad, el domicilio, el matrimonio y las relaciones paterno-filiales (artículos 17 a 332); el segundo, a los bienes, la propiedad y sus modificaciones (artículos 333 a 608); el tercero, a los modos de adquirir la propiedad, incluido todo el Derecho de sucesiones (artículos 609 a 1.088); y el cuarto, a las obligaciones y contratos (artículos 1089 a 1975). El último artículo es la disposición final derogatoria de las leyes anteriores.

Pero el Código Civil es algo más que todo eso, pues contiene un buen número de normas que resultan aplicables de manera general a todas las materias jurídicas, especialmente las incluidas en su título preliminar, que contiene algunos principios y normas medulares de nuestro ordenamiento jurídico, tales como las fuentes del Derecho, la interpretación, la aplicación y la eficacia de las normas, o

la articulación entre el Derecho privado del Estado y el autonómico. El Código regula también otras cuestiones que trascienden a las meras relaciones civiles entre particulares, como la nacionalidad o la disciplina de las personas jurídicas. Por eso, se dice que el Código tiene carácter de «Derecho común», en la medida en que sus disposiciones se aplican con carácter supletorio en las materias regidas por otras leyes, tanto de Derecho privado (mercantil, hipotecario, arrendaticio, etc.) como de Derecho público (patrimonio del Estado, contratación de las Administraciones, expropiación forzosa, etc.). Además, y ello es más importante, el Código Civil condensa en sus principios medulares y trasvasa al Derecho moderno toda la dogmática jurídica que arranca en el viejo *ius civile* romano, modelado a través de la Recepción, y el denominado Derecho común *(Ius Commune)*. Por ello, ha sido y sigue siendo la base del razonamiento y de todas las construcciones jurídicas hasta nuestros días. Sus redactores querían condensar en cada precepto legal la rica tradición y la experiencia jurídica construida en torno al *Corpus* justinianeo, y hacerlo con vocación de perennidad y globalidad.

La gran pregunta es si hoy, avanzado ya el siglo XXI, continúa vigente y útil un texto redactado en 1889. Pues bien, es cierto que a lo largo de todo el siglo XX y, muy especialmente, en las primeras décadas del siglo XXI, se han producido profundas transformaciones sociales y económicas: el paso de una economía agraria y artesanal a una sociedad industrial; una nueva dimensión de las relaciones familiares; la revolución tecnológica, que ha determinado una relativa «economización» de las relaciones interindividuales; la aparición de nuevos sujetos vulnerables en la sociedad; la necesidad de proteger el medio ambiente; el imperio del placer y el transhumanismo; el denominado «posthumanismo»; la superación del positivismo formalista que imperaba en la época de la codificación; y también muchos de los paradigmas filosóficos de la Ilustración han cambiado en la moderna sociedad tecnológica y globalizada. Ese nuevo orden social, económico, político y jurídico produce un impacto colosal en el Derecho Civil codificado, que obliga a renovar su significado y muchos de sus principios rectores. Pero también reclama respuestas para los nuevos retos que derivan de la inteligencia artificial, el *big data*, los *smart contracts*, las nuevas formas y relaciones familiares, la robótica, etc.

Sin embargo, hay que señalar que el Código Civil vigente no es, en realidad, el mismo que se promulgó en 1889, pues a lo largo de las últimas décadas se han reformado partes enteras del mismo de gran importancia, para irlo adaptando a las nuevas necesidades. Ya en los años setenta se modificó el título preliminar; en los ochenta se modificó absolutamente todo el Derecho de familia, tanto la filiación como el matrimonio, en sus aspectos personales y patrimoniales; reformas que vinieron a completarse en 2005 con el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo y el denominado «divorcio exprés». De otro lado, el Código Civil ha dejado de ser «el astro rey» sobre el que orbitaba todo el Derecho privado, en una concepción centrípeta del ordenamiento, para convertirse en una estrella más de esa amplia constelación de normas que disciplinan hoy las relaciones jurídico-privadas, de manera centrífuga. Y por ello, viene acompañado por un sinfín de leyes, denominadas «especiales», que regulan desde la protección del crédito hipotecario hasta los arrendamientos rústicos y urbanos, pasando por todo el Derecho de los consumidores y usuarios, cuyas relaciones contractuales asimétricas son mere-

cedoras de una regulación «paralela» a la que contempla el Código Civil, que ha quedado reservada para la contratación «entre iguales».

Pese a todo, la envergadura cualitativa de las transformaciones que hemos apuntado anteriormente lleva a la conclusión de que tales modificaciones resultan hoy absolutamente insuficientes y que no basta una mera reforma del Código, más o menos profunda, o unas cuantas modificaciones puntuales, sino que parece necesaria una verdadera *recodificación* que atienda a los «nuevos» principios y valores imperantes. Ha renacido un nuevo movimiento codificador, que permite hablar de esa auténtica «recodificación», y que tarde o temprano desembocará en un nuevo Código Civil. Otra cosa es que esa tarea exija una «grandeza» intelectual y política muy especial, pues la técnica codificadora tiene exigencias muy diferentes a la legislación general, y debe permanecer fiel al sistema, a la razón escrita y a las fórmulas lingüísticas exactas, breves, precisas y bien redactadas. Y, junto a las reglas, explicitar principios que permitan adaptar su aplicación a los conflictos de una sociedad cambiante, sin necesidad de modificar las leyes todos los días.

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO PÉREZ, M.: «Ideal codificador, mentalidad bucólica y orden burgués en el Código Civil de 1889», en *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, T. I. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1990.

DÍEZ-PICAZO, L.: «Codificación, descodificación y recodificación», en *Anuario de Derecho Civil,* t. XLV, fasc. II, (1992).

LACRUZ BERDEJO, J. L.; DELGADO ECHEVERRÍA, L.: *Elementos de Derecho Civil I. Parte General*. Madrid: Dykinson, 2012.

LLAMAS POMBO, E.: «Una mirada al viejo Código Civil desde el posthumanismo y la globalización», en *Diario La Ley*, 9.488 (2019).

Eugenio LLAMAS POMBO
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Salamanca

VER TAMBIÉN: CODIFICACIÓN / DERECHO CIVIL / DERECHO DE FAMILIA / JURISDICCIÓN CIVIL / SOCIOLOGÍA DEL DERECHO / SUCESIONES / TEORÍA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO

COMISIÓN EUROPEA

La Comisión Europea actual es el resultado de la fusión en julio de 1967 de los órganos que combinaban funciones ejecutivas y burocráticas en las Comunidades Europeas del Carbón y del Acero (la Alta Autoridad), la Comunidad Económica Europea (la Comisión) y el Euroatom (la Comisión).

El peso de la Comisión en el sistema institucional y en el proceso de toma de decisiones europeo ha variado con el paso del tiempo. El papel central de la Alta Autoridad del Tratado CECA contrasta con la subordinación a los órganos intergubernamentales en los Tratados constitutivos de la CEE y del Euroatom. Los intentos de afirmación de la Comisión de la CEE en los primeros años sesenta dieron pie a una fuerte oposición al afianzamiento de la institución como gobierno de hecho de las Comunidades. Tras una fase en la que tuvo menor protagonismo en los años setenta, la Comisión recobró peso relativo en la segunda mitad de los ochenta y primeros noventa, para perderlo, de forma especialmente clara tras las crisis económica, financiera y fiscal que aún sacuden a la Unión Europea, con el reforzamiento de formas asimétricas de intergubernamentalismo y con el desarrollo de estructuras y procedimientos de toma de decisiones internacionales al margen del Derecho supranacional (así, el Mecanismo Europeo de Estabilidad o los acuerdos bilaterales con países terceros en materia de retorno de demandantes de asilo).

La Comisión está compuesta por el colegio de comisarios (a cuyo frente se sitúa el presidente de la Comisión, y del que es también parte el alto representante de la Política Exterior de la Unión Europea) y unos 25.000 funcionarios, dependientes de una de las 32 direcciones generales en las que se articula la estructura burocrática de la institución, o de alguno de los servicios de la misma (entre los que destacan la secretaría general y los servicios jurídicos).

El presidente de la Comisión Europea es designado de común acuerdo por el Consejo Europeo (mayoría cualificada) y por el Parlamento Europeo (mayoría simple). El Tratado de la Unión Europea indica que tal decisión habrá de tomarse «teniendo en cuenta el resultado de las elecciones al Parlamento Europeo». En las elecciones de 2014 se interpretó que el candidato natural a la presidencia de la Comisión debía ser el/la cabeza de lista europeo del partido político más votado en los comicios (sistema del llamado *Spitzenkandidaten*, siendo así elegido presidente Jean Claude Juncker, del Partido Popular Europeo). Esa práctica ha sido abandonada tras las elecciones de 2019, valiéndose el Consejo Europeo de la facultad de designar un «nuevo candidato» (Ursula van der Leyen, también del Partido Popular Europeo), quien obtuvo las mayorías requeridas.

La Comisión contó durante décadas con un comisario de Asuntos Exteriores. En 1999 se creó el cargo de alto comisionado de la Unión Europea, asignándosele las funciones atinentes a la política exterior hasta entonces en manos de la presidencia rotatoria del Consejo de Ministros, y generando una potencial concurrencia con el comisario de Asuntos Exteriores. En 2010 se eliminó la duplicidad de cargos, mediante la fusión del alto comisionado con el comisario de Asuntos Exteriores. De ahí que suela afirmarse que el

alto comisionado tiene una naturaleza híbrida o un «doble sombrero», ya que al tiempo que es vicepresidente de la Comisión, es también responsable ante el Consejo.

En aplicación de una derogación temporal (extendida en la práctica *sine die* en 2013), cada Estado miembro designa, tras consultar con el presidente de la Comisión, un candidato a comisario europeo. El conjunto de candidatos debe ser refrendado por el Parlamento (mayoría) y por el Consejo Europeo (mayoría cualificada). El Parlamento ha tendido a negar su aprobación al colegio en su conjunto como medio para forzar el cambio de uno o más de los candidatos a comisario que, a juicio de los parlamentarios, no reúnen los requisitos (políticos) para su designación.

La Comisión desempeña sus funciones sujeta al mantenimiento de la confianza del Parlamento Europeo, que puede forzar la dimisión de todos los comisarios si aprueba una moción de censura al colegio. Extremo este que aún no se ha verificado, aunque la renuncia en bloque de la Comisión en 1999 tuvo por objeto evitar un voto de censura del Parlamento.

Los Tratados protegen la independencia de la Comisión, en particular al establecer que los miembros de la misma «no solicitarán ni aceptarán instrucciones de ningún gobierno, institución, órgano u organismo», y al exigir a los mismos la abstención de «todo acto incompatible con sus obligaciones o con el desempeño de sus funciones». Ello no es óbice, como han demostrado empíricamente diversos estudios politológicos, para que la propia composición de la Comisión (la identidad «nacional» de cada uno de los comisarios) haga inevitable que los comisarios representen en el colegio la «sensibilidad» nacional hacia cada uno de los asuntos en discusión, algo que a su vez favorecen las relaciones informales que cada comisario mantiene con su país y partido de origen al efecto de (eventualmente) retomar su carrera política nacional una vez concluido su mandato.

El Tratado de la Unión Europea define a la Comisión como el guardián del «interés general de la Unión» y le asigna seis funciones fundamentales:

A) El monopolio de la iniciativa legislativa (art. 17.2 TUE), si bien la última palabra legislativa corresponde al Consejo de Ministros y, en los ámbitos en los que es de aplicación el procedimiento de co-decisión, conjuntamente al Consejo de Ministros y al Parlamento Europeo.
B) El monopolio de negociación de tratados internacionales en nombre de la Unión Europea, con la excepción de los tratados en materias monetarias y de política exterior. La Comisión recibe un mandato negociador del Consejo, al tiempo que este, en ocasiones conjuntamente con el Parlamento, debe aprobar lo negociado por la Comisión (en los casos en los que la competencia es compartida entre la Unión Europea y los Estados miembros, es necesaria la ratificación por parte de cada uno de los Estados según sus disposiciones constitucionales internas)
C) El papel central en la adopción de las normas de desarrollo y de los actos delegados, mediante el que se elaboran lo que materialmente son el equivalente de los reglamentos en el sistema de fuentes de los Estados constitucionales continentales. Se trata de un poder doblemente limitado: por una parte, en la medida en la que las normas de desarrollo competen generalmente a los Estados miembros (dado el «federalismo ejecutivo»

característico del sistema de gobierno de la Unión Europea) y en tanto que en el procedimiento de elaboración de estas normas la Comisión se apoya en los comités de comitología, formados por funcionarios de los Estados miembros.

D) La facultad de iniciar procedimientos de infracción en el caso de que los Estados miembros no cumplan con obligaciones impuestas por el Derecho de la Unión, incluida la presentación de acciones de incumplimiento ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

E) El control del presupuesto, bajo la supervisión del Parlamento Europeo y del Tribunal de Cuentas Europeo.

F) La aplicación del Derecho de la Unión Europea en determinados ámbitos, y señaladamente, en el caso del Derecho de la competencia (aunque desde la reforma de 2004, las autoridades nacionales de competencia y las propias empresas participan en el proceso de control del Derecho de competencia).

La Comisión Europea combina funciones ejecutivas con tareas burocráticas que hacen de ella una de las instituciones fundamentales de la Unión Europea. De esa doble identidad, sin paragón en los sistemas políticos nacionales, deriva su fortaleza, pero también su debilidad. Eterno gobierno supranacional en embrión, la Comisión corre el riesgo de quedar reducida a una mera Administración supranacional si se mantiene la tendencia a la intergubernamentalización asimétrica de la Unión Europea.

BIBLIOGRAFÍA

Hooghe, L.: *The European Commission and the Integration of Europe: Images of Governance*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

Kassim, H., *et al.*: *The European Commission of the twenty-first Century*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

Peterson, J.; Bomberg, E. E., eds.: *Decision-Making in the European Union*. Houndsmill: Palgrave, 1999

Smith, A.: *Politics and the European Commission: Actors, Interdependence, Legitimacy*. London: Routledge, 2004.

Westlake, M.: *The Commission and the Parliament: partners and rivals in the European policy-making process*. London: Butterworths, 1994.

Agustín J. Menéndez
Profesor de Derecho Constitucional
Universidad Autónoma de Madrid

VER TAMBIÉN: ACERVO DE LA UE / BREXIT / BUROCRACIA / CONSTITUCIÓN EUROPEA (Proyecto de) / INTEGRACIÓN EUROPEA / PARLAMENTO EUROPEO / POLÍTICA EXTERIOR Y DE SEGURIDAD DE LA UE / TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UE / UNIÓN EUROPEA

COMMON LAW

En el mundo occidental coexisten dos culturas o tradiciones jurídicas diferentes: la romano-germánica, romanista o continental y la del *Common Law*. Esta dualidad, de honda raigambre histórica, se mantiene todavía en nuestros días, a pesar de las profundas transformaciones que se han operado en los sistemas jurídicos inscritos en ambas culturas y que permiten apreciar un proceso de creciente aproximación entre los mismos.

Al *Common Law* se adscriben aquellos sistemas jurídicos que se han configurado tomando como modelo de inspiración el Derecho inglés. Adoptaron generalmente esta tradición, aunque con algunas significativas variantes –sobre todo en el caso de Estados Unidos (excepto Luisiana)– además del Reino Unido (salvo Escocia), los países que estuvieron en otra época sometidos a la dominación colonial británica, tales como Canadá, Australia, la India, Nueva Zelanda y algunos países de África Central.

Se presentan, todavía, como conceptualmente opuestos, los considerados «sistemas nomocéntricos», cuya estructura es preponderantemente legislativa, al ser la ley, como norma general emanada del poder legislativo, la principal fuente de Derecho, a los «sistemas judicéntricos», cuya estructura es preponderantemente jurisprudencial. Estos últimos se muestran como *Case Law*, como «Derecho de casos», frente a los Derechos de expresión legislativa, puesto que es el conjunto de precedentes judiciales lo que constituye la base del sistema y el elemento normativo del que hay que partir para proceder al razonamiento jurídico y para la construcción de la teoría y metodología jurídica. Se ha dicho al respecto que la Historia de los sistemas jurídicos romanistas es la historia de los códigos y de las grandes doctrinas, mientras que en los países anglosajones es la historia de los grandes jueces.

Se acepta unánimemente por los historiadores la fecha de 1066, como origen del *Common Law*, cuando, tras la batalla de Hastings, Inglaterra pasó a ser gobernada por los normandos. La unidad política, llevada a cabo por Guillermo el Conquistador, tuvo como consecuencia directa la unificación jurídica; así, este Derecho unificado en cuanto a sus reglas, principios y costumbres fue llamado *Common Law*, porque sustituía a los Derechos particulares precedentemente en vigor.

El *Case Law*, como Derecho declarado y desarrollado a través de sentencias judiciales, constituye el entramado y la pauta de desenvolvimiento del *Common Law*. En tal sistema son las acciones o los procedimientos judiciales interpuestos ante los tribunales los que provocan las decisiones judiciales, que constituyen la principal fuente del Derecho *(remedies precede rights)*. Los fundamentos de tales decisiones constituyen precedentes obligatorios para los órganos jurisdiccionales en cuanto paradigmas de solución para los casos ante ellos planteados. Un precedente judicial es un juicio o decisión de un tribunal de justicia citado como autoridad para decidir un caso similar de la misma manera, o bien de acuerdo con el mismo principio, o por analogía. Los precedentes judiciales están recopilados en repertorios jurisprudenciales *(Law Reports)*.

En un sistema jurisprudencial una única decisión, en cuanto a sus elementos esenciales, vale como precedente. Sin embargo, el alcance de la autoridad y obligatoriedad del precedente viene determinado por las decisiones judiciales dictadas en los procesos más relevantes. En estos casos, denominados *leading cases* en el sistema jurídico inglés y *land marks cases* en el norteamericano, las decisiones jurídicas que se adopten y que normalmente proceden de tribunales superiores están dotadas de la máxima virtualidad jurídica. La vinculatoriedad del precedente se produce en función del principio jurídico *stare decisis et quieta non movere;* es decir, la obligación para los tribunales de atenerse a las normas previamente formuladas por los jueces y de respetar y perseverar en ellas, lo cual resulta esencial en un sistema jurisprudencial para asegurar su normal funcionamiento y garantizar la seguridad jurídica. Por ello, el precedente tiene carácter vinculante *(binding)* y surte efecto coercitivo, por oposición al carácter meramente persuasivo que presenta en los sistemas de tradición romanista, aunque esta afirmación debe ser matizada actualmente, tras la implantación y generalización de la justicia constitucional y la aplicación directa de la Constitución por los jueces ordinarios. En Estados Unidos el sistema de vinculación al precedente resulta más dúctil, ya que ni el Tribunal Supremo Federal ni los tribunales de los Estados están vinculados por sus propios precedentes

En principio, en el sistema de *Common Law* se excluye cualquier cambio jurisprudencial, en virtud de la aplicación de la regla del precedente *(rule of precedent),* que es la pieza clave de un sistema construido sobre decisiones judiciales. Sin embargo, es posible, deseable y necesario en ocasiones, atenuar el rigor de dicha regla para permitir la evolución y la adaptación a las nuevas circunstancias surgidas de la realidad social, evitando así el peligro de anquilosamiento y estancamiento del Derecho. Ello se logra mediante la aplicación de la técnica de las *distinctions* (o diferenciación). Esta técnica permite distinguir tres elementos en las decisiones judiciales: 1.º *reasons*: explicación de los motivos que han llevado al tribunal a adoptar dicha decisión, lo que no coincide exactamente con la motivación de las sentencias en nuestro sistema jurídico, sometida a requisitos más estrictos; 2.º *obiter dicta:* pronunciamientos incidentales y accesorios al margen de la cuestión principal, carentes de valor normativo; 3.º *ratio decidendi*, que es lo que reviste valor normativo y constituye el fundamento de la decisión para casos futuros.

El órgano jurisdiccional que desee apartarse del precedente en razón a las especiales circunstancias del caso procederá a realizar un análisis minucioso de los comentarios *(reasons)* que acompañan a las resoluciones judiciales anteriores, para poder distinguir así lo que es efectivamente la *ratio* de la decisión emitida, de aquello otro que constituye el resto de las cuestiones y que pueden considerarse opiniones marginales *(obiter),* que permiten disentir, en cuanto que no afectan al contenido esencial del asunto. La habilidad del juez que pretenda la modificación del precedente consistirá en determinar y delimitar al máximo el alcance de la *ratio* aducida en los casos anteriores y constatar que, en el supuesto presente, se dan elementos nuevos que antes no concurrían, de tal manera que le permitan –respetando la regla del precedente– apartarse de la decisión de sus predecesores para formular una solución diferente y más acorde a la nueva situación.

El *Case Law* no monopoliza la producción jurídica en tal sistema. Junto al De-

recho jurisprudencial la legislación *(Statute Law)* ocupa un lugar cada vez más relevante entre las fuentes del Derecho, sobre todo en Estados Unidos, donde el Derecho legislado se muestra en consonancia con su estructura política federal, donde coexisten las leyes de los Estados con la legislación federal, insertándose las mismas en el sistema constitucional de dicho país. Su Constitución escrita y rígida, de 1787, constituye la piedra angular del Derecho norteamericano. También en Inglaterra la importancia de la legislación se ha incrementado desde la segunda mitad del siglo XX, aunque la ley presenta una peculiar estructura y se plantea con una función diferente a la del sistema norteamericano; en ocasiones, los precedentes se utilizan para interpretar el Derecho legislativo, pero en otras muchas, los actos normativos emanados del Parlamento sirven para derogar o modificar el *Common Law*.

La importancia de la legislación directa y delegada en el Reino Unido ha ido en aumento, lo que fue debido principalmente a la incorporación de este país a las organizaciones europeas y a la implementación de políticas públicas necesarias para desarrollar el *Welfare State*. Cabe apreciar así un proceso de creciente «legalización», de contaminación legislativa *(legal pollution)*, que resulta, a la vez, paralelo a la progresiva «judicialización» que se está produciendo en los sistemas romanistas. Las consecuencias del *Brexit* para el desarrollo futuro del sistema jurídico proyectan un horizonte incierto y están por determinar.

La influencia del *Commmon Law* en determinadas materias atinentes a las relaciones comerciales interestatales (contratos, sociedades, Derecho concursal, Derecho de la competencia, fiscalidad, etc.) es innegable y su conocimiento resulta imprescindible para los juristas prácticos. No obstante, vivimos en un mundo globalizado en el que se requieren, cada vez más, soluciones comunes para problemas transnacionales.

BIBLIOGRAFÍA

Akhtar, A.; Ward, R.: *Walker & Walker's. The English Legal System*. Oxford: Oxford University Press, 2011.

Aliste Santos, T.: *Sistema de Common Law*. Salamanca: Ratio Legis, 2013.

López Monroy, J. de J.: *El sistema jurídico del Common Law*. México: Porrúa, 2011.

Marín Castán, M.ª L.: «La figura del juez en el sistema jurídico inglés», en *Teoría y práctica en la aplicación e interpretación del Derecho*. Madrid: Colex, 1999.

Seroussi, R.: *Introducción al Derecho inglés y norteamericano*. Barcelona: Ariel, 1998.

M.ª Luisa Marín Castán
Profesora Titular de Filosofía del Derecho
Universidad Complutense

VER TAMBIÉN: BREXIT / CODIFICACIÓN / COSTUMBRE JURÍDICA / DERECHO / DERECHO ROMANO / FUENTES DEL DERECHO / JURISPRUDENCIA / TEORÍA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO

COMUNIDADES AUTÓNOMAS

El artículo 137 de la Constitución Española describe cuál es organización territorial del Estado, compuesto de municipios, provincias y de las Comunidades Autónomas «que se constituyan». Esta última expresión es reveladora de la esencia de la descentralización política española al momento de aprobarse la Constitución; aún no existían sino los regímenes preautonómicos. El Estado autonómico estaba *in fieri* y ni siquiera se sabía el alcance que esa descentralización iba a tener.

Mientras que los municipios y las provincias eran unidades territoriales preexistentes que la Constitución venía a democratizar, las Comunidades Autónomas eran entidades territoriales de nuevo cuño, similar en su naturaleza a las Regiones Autónomas de la Segunda República, pero, en 1978, en número y en configuración todavía incierta. Tal cosa acontecía porque en rigor la Constitución no impuso la existencia de las Comunidades, sino que se limitaba a encauzar su eventual creación si la voluntad facultada por la Constitución para ello así lo acordaba. En otras palabras, nuestra Carta Magna no imponía la descentralización política, sino que la consentía, en esto de manera similar a como operaba la Constitución de 1931. No era la voluntad del constituyente la decisiva, sino otra, reconocida por este, que podía, en el marco constitucional, llevar a cabo esa creación. La política bautizada como «café para todos» condujo a una descentralización generalizada, pero asimétrica.

Esta apertura de la Constitución a que una voluntad ajena a la constituyente acabase conformando la descentralización política ha sido calificada como «desconstitucionalización» y, en efecto, lo era porque la voluntad determinante iba a ser una posterior que ejerciera el derecho a la autonomía, reconocido por el art. 2 constitucional a nacionalidades y regiones. Estas, si lo deseaban y todas lo acabaron deseando, podían activar las reglas descentralizadoras contenidas en la Ley Fundamental, con el alcance variable que esta permitía. Al complejo mecanismo constitucional se denominó principio dispositivo: en el ejercicio de su derecho a la autonomía, las nacionalidades y regiones alcanzan más o menos competencias, según su deseo, encauzando el ejercicio de tal derecho por alguna de las vías contempladas en la Constitución, básicamente dos: la prevista en los arts. 143 y siguientes y la contemplada en el art. 151. El resultado de la puesta en marcha de los mecanismos de ejercicio de la autonomía no podía sino conducir a una asimetría competencial que todavía perdura, porque la vía dispuesta en los arts. 143 y siguientes era más sencilla de transitar, pero la Comunidad Autónoma así constituida no podía asumir, al menos en un primer momento, el máximo posible de competencias que sí podían asumir las Comunidades que se crearan a través de la vía prevista en el art. 151 constitucional.

El acto normativo de creación de la Comunidad Autónoma es la aprobación de su Estatuto de Autonomía y, como es sabido, tal aprobación se realiza mediante ley orgánica (art. 148 constitucional); es decir, el Estatuto de cada Comunidad Autónoma refleja una confluencia de voluntades: la de la nacionalidad o región y la del Estado, expresada esta última a través de las Cortes Generales. Son pues normas pactadas, lo que tiene sentido

porque cada Estatuto, al enumerar las competencias de la Comunidad concernida, determina, por reflejo, lo que el Estado va a hacer en esa Comunidad. En otras palabras, el reparto competencial efectivo entre el Estado y cada Comunidad se halla en el Estatuto, no en la Constitución. Por eso los Estatutos son normas materialmente constitucionales e integran, junto con la Constitución, el bloque de la constitucionalidad.

El panorama apuntado explica por qué la Constitución no menciona por sus nombres a las Comunidades, ya que en diciembre de 1978 no existían. Ahora cabría eventualmente reformar la Constitución y mencionar expresamente las Comunidades existentes, amén de suprimir el principio dispositivo (ambas cosas sugeridas por el Consejo de Estado en su célebre informe sobre la reforma constitucional de 2006).

El citado art. 137 constitucional se refiere a la autonomía de municipios, provincias y Comunidades «para la gestión de sus respectivos intereses». Se da entender así que las entidades en las que se articula la organización territorial han de disponer de competencias para ejercerlas con cierta autonomía. Sin embargo, la autonomía de las Comunidades (art. 2 CE) es de mayor intensidad que la local (de municipios y provincias, concretada en los arts. 140 a 142 CE). Ello a pesar del reconocimiento constitucional de ambos tipos de autonomía.

La autonomía de las Comunidades Autónomas es, pues, más profunda y más aún con la generalización de los Parlamentos autonómicos que les permite aprobar normas con rango de ley, lo que está vedado a la autonomía local. La superioridad de la autonomía de las Comunidades sobre la local fue subrayada tempranamente por la STC 4/1981, FJ 3, que también advirtió que la autonomía reconocida en el art. 2 constitucional no equivale a soberanía, pues esta corresponde al pueblo español (art. 1.2 CE) y por lo tanto es única. Por eso las Comunidades carecen de poder constituyente, a diferencia de lo que acontece con los Estados integrantes de una Federación.

Se ha subrayado que el grado de descentralización en España, es decir, el elenco de materias sobre las que las Comunidades son competentes, es muy amplio, superior incluso al de muchos Estados federales. Con todo, subsisten diferencias estimables entre el Estado autonómico y el Estado federal. A la ya apuntada de que las Comunidades no poseen poder constituyente y su norma institucional básica es un Estatuto y no una Constitución, hay que añadir que, en el sistema institucional de las Comunidades, no existe un Poder Judicial propio, como suele suceder en un Estado federado. El único Poder Judicial en España es el del Estado central que aplica tanto las normas estatales como las autonómicas. Funcionalmente, pues, las Comunidades solo disponen de Poder Ejecutivo y de Poder Legislativo.

Por lo que atañe a las competencias de las Comunidades, el complicadísimo título VIII constitucional condujo a la inevitable asimetría competencial, pero no impidió una evolución uniformizadora que muchos calificaron de «federalizante». A pesar de ello cada Estatuto reparte efectivamente el poder político entre la Comunidad concernida y el Estado; y en el ejercicio de las competencias por parte de todos los actores se han generado numerosos conflictos que el Tribunal Constitucional ha debido resolver. Al hacerlo ha venido reclamando lealtad institucional para prevenirlos.

Un último apunte crítico sobre el Estado autonómico para reflejar la extendida

opinión de que sería conveniente su reforma para hacerlo más eficaz. Sin embargo, el aparente consenso acerca de la conveniencia de afinar el funcionamiento de las Comunidades Autónomas se torna en disenso cuando se trata de concretar las pautas de la eventual reforma por la vía del título X. Ya el Tribunal Constitucional ha venido insistiendo, en sus sentencias relativas al llamado «proceso catalán», que el «derecho a decidir» no tenía encaje constitucional, pero podría eventualmente reconocerse en una reforma de la Ley Fundamental. Según esto, los independentistas catalanes habrían equivocado la vía y, en lugar de aprobar leyes y acuerdos inconstitucionales, habrían debido iniciar el proceso de reforma constitucional, para lo cual un Parlamento autonómico está facultado (art. 166 CE).

Ante una posible reforma constitucional, hay fuerzas políticas que apuestan por el reconocimiento del derecho de autodeterminación de las Comunidades Autónomas mientras que alguna otra, en contraste, defiende su supresión. Entre estas posiciones extremas se sitúan las demás fuerzas, postulando alguna la transformación federal y otras la clarificación competencial. Una de las claves técnico-jurídicas radicará en si la Constitución regulará efectivamente las competencias entre el Estado y las Comunidades, sin dejarlo al albur de lo que dispongan los Estatutos.

BIBLIOGRAFÍA

Álvarez Conde, E.; García-Moncó, A.; Tur Ausina, R.: *Derecho autonómico*. Madrid: Tecnos, 2013.

Aja, E.: *Estado autonómico y reforma federal*. Madrid: Alianza, 2014.

Castellà Andreu, J. M.: *Estado autonómico: pluralismo e integración constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 2018.

Ruipérez, J.: *La Constitución y el Estado de las Autonomías*. Madrid: Biblioteca Nueva, 2014.

Trujillo, G.: *Lecciones de Derecho autonómico*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

Tudela Aranda, J.: *El fracasado éxito del Estado autonómico: una historia española*. Madrid: Marcial Pons, 2016.

Raúl Canosa Usera
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad Complutense

VER TAMBIÉN: ADMINISTRACIONES PÚBLICAS / COMUNIDADES AUTÓNOMAS (COMPETENCIAS) / COMUNIDADES AUTÓNOMAS (RELACIONES CON EL ESTADO) / CONSTITUCIÓN NORMATIVA / ESTADO DE LAS AUTONOMÍAS / ESTADO FEDERAL / INTEGRACIÓN POLÍTICA / JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL / NACIÓN ESPAÑOLA / NACIONALIDADES / SECESIÓN Y DERECHO A DECIDIR / SOBERANÍA

COMUNIDADES AUTÓNOMAS (COMPETENCIAS)

La palabra *competencia* tiene su origen en el Derecho Procesal, primero, y en el Derecho Administrativo, después. Cuando llega a los textos constitucionales cambia de sentido, porque viene a significar poder político, esto es, una autoridad mucho más intensa de la que corresponde a los jueces y magistrados o a los titulares de los órganos administrativos. Por eso, el reparto de competencias entre la entidad central y los Estados miembros o regiones es el núcleo central de cualquier sistema federal o regional y, por ello, está siempre sujeto a debate político.

El tema es especialmente polémico en nuestro país, porque nuestro sistema de distribución de poder territorial se caracteriza por dos notas que incrementan esa tensión. La primera es que, por falta de consenso durante la elaboración de la Constitución, nuestra norma fundamental es muy flexible con respecto a las competencias de que disponen las Comunidades Autónomas, lo que hace que el tema siga permanentemente abierto y sujeto a negociación política. La segunda consiste en el tipo de poderes de los que disponen las Comunidades Autónomas, que, por ser sobre todo de ejecución de decisiones estatales, suscitan las críticas de los partidarios de atribuir a las nacionalidades y regiones mayor capacidad de decisión.

La flexibilidad de nuestro modelo proviene del camino que siguieron los constituyentes. En el momento de elaborar la Constitución, todavía no se sabía si todo el territorio iba a constituirse en Comunidades Autónomas ni si todas iban a tener las mismas competencias. Para dejar abierto el tema, el art. 149.3 CE consagró el principio dispositivo, en virtud del cual las normas que determinan dichas competencias son los Estatutos de Autonomía. Dicho precepto añade, además, que las competencias que no hayan sido asumidas por las Comunidades Autónomas corresponden al Estado (cláusula residual).

Durante los primeros años de andadura de nuestro Estado autonómico, esta flexibilidad permitió un federalismo desigual. En efecto, las Comunidades que habían optado por acceder a la autonomía por la vía ordinaria (art. 148.2 CE) pudieron asumir solo las competencias enumeradas en el art. 148.1 CE. De manera distinta, las que decidieron seguir el procedimiento agravado previsto en el 151 CE (que, entre otros requisitos, impone un referéndum para la aprobación del Estatuto) tuvieron un techo competencial distinto: pudieron asumir todas las competencias que la Constitución no reserva al Estado en el art. 149.1 CE y en otros preceptos constitucionales (como ocurre con las materias reservadas a la ley orgánica, art. 81.1 CE).

Esta situación se terminó con las sucesivas reformas estatutarias. En la actualidad, la enumeración de competencias de las Comunidades Autónomas recogida en el art. 148.1 CE carece de virtualidad. Los Estatutos de Autonomía han ido asumiendo todas las competencias posibles, con el único límite de las enumeradas a favor del Estado. No estamos, pues, en un sistema de doble lista, como podría deducirse de una lectura rápida de la Constitución, sino que, tal y como sucede en los sistemas federales, ya solo es eficaz el listado que reserva competencias a la entidad central.

La flexibilidad del sistema derivada del principio dispositivo se incrementa como consecuencia de otras previsiones recogidas en la norma fundamental. El art. 150.1 y 2 CE permite que el Estado ceda competencias que le reserva la Constitución, bien mediante las leyes marco de competencia legislativa, bien mediante leyes de transferencia o delegación. Es cierto que, en este último caso, hay algún límite, porque el Estado solo puede desprenderse de aquellas materias que, por su propia naturaleza, sean susceptibles de transferencia o delegación. Pero también es verdad que, mediante estas normas, el Estado fue equiparando los niveles competenciales de las Comunidades Autónomas.

Esta flexibilidad ha tenido indudables ventajas. Así, permitió construir un federalismo «a la carta», que se fue amoldando a los sucesivos cambios experimentado por nuestro país durante las cuatro décadas de vigencia de la Constitución. Evitó, además, ciertas tensiones territoriales, creadas sobre todo por las Comunidades Autónomas que denunciaban agravios comparativos con respecto a otras.

Ahora bien, justo es reconocer que también suscita dificultades. Algunas fuerzas políticas de territorios con hechos diferenciales no consideran conveniente que exista equiparación competencial y argumentan sus peculiaridades históricas, lingüísticas y culturales para conseguir mayor autonomía que la reconocida a otras que carecen de esas peculiaridades. Pero el problema más grave es, con todo, la difícil situación en que la flexibilidad de competencias coloca al Tribunal Constitucional.

Como se acaba de señalar, y a diferencia de lo que ocurre en otros sistemas federales, nuestra norma fundamental no cierra el sistema de competencias, sino que se remite a los Estatutos de Autonomía. Estas normas, por ser de rango inferior a la Constitución, están sujetas a control del TC, tal y como precisa el art. 27.2.a) LOTC. De esta manera, el TC tiene, en nuestro país, una función de la que carecen sus homólogos europeos. Es inherente a la naturaleza de la mayoría de los Estados federales que el TC sea el guardián, o árbitro, entre el Estado y las otras entidades territoriales. Ahora bien, en nuestro caso, su papel excede de este rol. En efecto, no solo tiene el control sobre el ejercicio de la competencia, sino también sobre la propia distribución de competencias, a través de su fiscalización de los Estatutos de Autonomía.

Esta situación no es beneficiosa para el Tribunal, porque afecta a la posición que le corresponde en el sistema. Dicho órgano deja de ser una institución creada para revisar lo acordado por órganos de naturaleza representativa para asumir un papel central en la toma de decisiones. Trazar la línea que divide las competencias de las entidades territoriales es una tarea delicada que puede hacerse en términos técnicos. Sin embargo, también entraña un cierto nivel de discrecionalidad, porque hay tantos argumentos para sostener una solución determinada como para mantener la contraria. Aunque la decisión final del Tribunal sea adoptada de manera aséptica y en términos estrictamente jurídicos, resulta casi inevitable que sea leída en términos políticos.

La otra característica de nuestra distribución de competencias es que sigue un modelo que puede denominarse federalismo de ejecución. En efecto, reproduce, hasta cierto punto, las teorías del *pouvoir municipal* características de inicios del siglo XIX, que atribuían al centro la toma de decisiones y dejaba a las otras entidades territoriales el derecho y el deber de llevarlas a la práctica.

En esto, nuestra organización territorial se diferencia de otros modelos federales, como es el estadounidense. Estos otros sistemas resultan de la superposición de entidades territoriales completas, cada una de ellas dotada de los tres poderes clásicos. Por este motivo, la Federación no puede imponer a los Estados miembros la ejecución de sus propias medidas, sino que debe llevarlas a la práctica mediante su propio aparato administrativo. En nuestro país, como en otros europeos, el reparto de competencias es mucho más complejo, porque no solo identifica materias, sino que además divide la función legislativa y la ejecutiva sobre dichos ámbitos. Es verdad que, en algunos casos, toda una materia se reserva en exclusiva a una sola de las entidades territoriales. En estos casos, la función legislativa y la ejecutiva corresponden al Estado o a las Comunidades Autónomas. Ejemplos de ello son las relaciones internacionales, que el art. 149.1.3 CE atribuye al Estado o la ordenación del territorio, urbanismo y vivienda, que el art. 148.1.3 CE atribuye a las Comunidades. Pero, en la mayoría de los supuestos, la Constitución establece competencias compartidas, bien reservando al Estado la legislación, por lo que las Comunidades pueden asumir toda la ejecución, bien atribuyendo a la entidad central solo la legislación básica, por lo que las Comunidades pueden asumir la legislación en desarrollo y la ejecución.

La técnica que sigue la Constitución suscita algunos inconvenientes. Desde un punto de vista político, ha generado recelos por parte de algunas fuerzas que defienden competencias de «mayor intensidad» para las Comunidades Autónomas. Según estas opiniones, estas entidades territoriales solo pueden decidir políticas diferentes de las del Estado en ámbitos reducidos y de carácter más bien doméstico. En la mayoría de las ocasiones, su papel se limita a implementar decisiones adoptadas por la entidad central. Como ejemplo, se señala que aproximadamente el 70 % del presupuesto de las Comunidades se destina a sanidad y educación, materias en las que el Estado retiene la legislación básica y, por lo tanto, la posibilidad de imponer obligaciones a las Comunidades. Otros, sin embargo, sostienen que los medios reales y personales traspasados a las Comunidades Autónomas han sido excesivos y han sido utilizados, a veces, para poner en tela de juicio principios constitucionales como la solidaridad (138 CE) y la igualdad (139 CE)

Desde un punto de vista técnico, es posible afirmar que el estilo que sigue nuestra Constitución empaña el ejercicio de la competencia, hace difícil exigir responsabilidad a quien sea su titular y potencia el riesgo de solapamiento. Parte, en efecto, de un cierto espejismo, esto es, de que es posible enumerar todas las posibles funciones sobre todos los posibles ámbitos materiales y repartirlas entre las entidades territoriales. Lo cierto es que la realidad se resiste a dividirse en compartimentos estancos. Por el contrario, lo más frecuente es que sobre una misma parcela de la realidad confluyan diferentes títulos competenciales, que pueden ser del Estado o de las Comunidades Autónomas. Con ello, la conflictividad, y la intervención del TC como árbitro de la competencia, resultan casi inevitables.

***

La declaración del estado de alarma por el R.D. 463/2020, de 14 de marzo, ha tenido un notable impacto la distribución de competencias prevista en nuestro ordenamiento. En gran medida, este resultado ha venido propiciado por lo dispuesto en la Constitución y en la Ley

Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio. En efecto, tanto el art. 166 CE, como la Ley Orgánica que se acaba de citar toman precauciones a la hora de impedir que la declaración interrumpa el normal funcionamiento de los poderes del Estado. Ahora bien, las garantías para asegurar el equilibrio entre los poderes se refieren más a las instituciones de la entidad central que a la relación entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Es cierto que el art. séptimo de la L.O. 4/1981 prevé que el presidente de una Comunidad Autónoma puede ser la autoridad competente a efectos del estado de alarma. Pero esta habilitación solo cabe cuando la declaración afecte exclusivamente a todo o parte del ámbito de una Comunidad Autónoma y, en todo caso, previa delegación del Gobierno, que es la única autoridad competente.

Conforme a estos criterios, el R.D. 463/2020 ha supuesto una sustancial centralización de las competencias porque algunas de ellas, que en situaciones ordinarias corresponden a las Comunidades Autónomas o a las Entidades locales, pasan a estar bajo la autoridad del Ejecutivo nacional. Este reforzamiento de la Administración central ha sido notable, sobre todo, en dos áreas: en primer lugar, en materias de interior, dado que todos los cuerpos de policía de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones locales quedan a las órdenes del ministro competente (art. 5); en segundo lugar, en sanidad, ya que todas las autoridades y funcionarios sanitarios de las Administraciones Públicas del territorio nacional pasan a estar bajo la autoridad del Ministerio correspondiente (art. 12). Hay que tener en cuenta, además, la intervención estatal en el ejercicio de otras competencias en materias como transportes, consumo, educación, etc. En todos estos supuestos, el Ejecutivo nacional se reserva la adopción de las decisiones principales, mientras que las Administraciones de las Comunidades Autónomas conservan las competencias para la gestión ordinaria de sus servicios y para la adopción de medidas que consideren necesarias, siempre en el marco establecido por la autoridad competente (art. 6)

Esta recentralización de políticas provocó el malestar de muchos responsables autonómicos. Por esta razón, la cuarta prórroga del estado de alarma, autorizada por el Congreso de los Diputados el 4 de mayo de 2020, contiene algunas medidas propuestas durante el debate parlamentario por el Grupo parlamentario Vasco EAJ-PNV y que están destinada a incorporar a las Comunidades en la toma de decisiones. Así, el art. 4 del R.D. 4/2020 prevé un procedimiento de «codecisión», en virtud del cual las medidas de desescalada pueden ser acordadas conjuntamente por el Gobierno y por cada Comunidad Autónoma. En tal caso, la aplicación de dichas acciones corresponde a quien ostente la Presidencia de la Comunidad Autónoma, como representante ordinario del Estado en el territorio. Téngase en cuenta que, según el art. 4 R.D. 900/2020, la «autoridad competente» a efectos del estado de alarma en el ámbito territorial establecido será el Gobierno.

BIBLIOGRAFÍA

Aja, E.: *Estado autonómico y reforma federal*. Madrid: Alianza, 2016.
Arroyo Gil, A.: *Distribución y delimitación de competencias*. Madrid: Marcial Pons, 2019.

Biglino Campos, P.: *Federalismo de integración y de devolución: el debate sobre la competencia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

Tomás y Valiente, F.: *El reparto competencial en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Madrid: Tecnos, 1988.

Paloma Biglino Campos
Catedrática de Derecho Constitucional
Universidad de Valladolid
Ex Directora del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales

VER TAMBIÉN: ADMINISTRACIONES PÚBLICAS / COMUNIDADES AUTÓNOMAS / COMUNIDADES AUTÓNOMAS (RELACIONES CON EL ESTADO) / ESTADO AUTONÓMICO / ESTADO FEDERAL Y FEDERALISMO / JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL / NACIONALIDADES / **PANDEMIA: PERSPECTIVA JURÍDICA** / TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

COMUNIDADES AUTONÓMAS (RELACIONES CON EL ESTADO)

Este es un tema de máxima actualidad y vital importancia en los Estados descentralizados, ya que es absolutamente necesario un adecuado equilibrio entre la supremacía estatal y la autonomía de los territorios que lo integran; equilibrio que se consigue a través de unas adecuadas relaciones de colaboración-fiscalización entre el poder central y los territorios autónomos. Las vías principalmente son:

1. Fórmulas de coordinación o cooperación entre el Estado central y las entidades descentralizadas.
2. Fórmulas de control, supervisión o fiscalización de situaciones distorsionadoras de la unidad del sistema, que se dan cuando las relaciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas se desarrollan en términos de confrontación o conflicto, obligando al poder central a activar una panoplia de instrumentos de vigilancia, control, intervención, supervisión o fiscalización… de inspección, en una palabra, de la actividad de las Comunidades Autónomas.

En su vertiente positiva, las fórmulas de cooperación o coordinación se recogen, con carácter general, en el art. 145.2 CE y se explican por el Tribunal Constitucional (SSTC 18/1982, 80/1985 y 96/1986) como una necesidad implícita en la misma esencia de la organización territorial del Estado. Es, por tanto, un principio que informa las relaciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas, que supone la consagración de los deberes de auxilio recíproco y de obligación de intercambiar información, que el Estado «no puede tratar de imponerlo mediante la adopción de medidas coercitivas, sino buscando, para las que haya de adoptar, la previa conformidad de las Comunidades Autónomas competentes que, por esta vía, participan en la formación de la voluntad del Estado» (STC 18/1992). Son, en definitiva, una especie de coordinación voluntaria, ejercida a través de diferentes instrumentos jurídicos. Por ello, el TC la ha definido como «conjunto de formas o pautas de relación entre poderes que, partiendo del respeto a la autonomía de cada parte, permite, mediante procedimiento acordados, el entendimiento entre todos ellos» (STC 13/1992) o el coejercicio voluntario y mancomunado de las competencias compartidas, que facilitan una mayor eficacia en la actuación de cada ente territorial y disminuye la conflictividad en el ejercicio de las competencias que corresponden a cada uno. Estamos, pues, ante una fórmula imprescindible en los Estados descentralizados, a pesar de que el art. 2 CE no lo mencione expresamente. Se materializa en los siguientes instrumentos:

1. Las Conferencias sectoriales o forma de cooperación multilateral, que reciben diferentes denominaciones y se arbitran en un elevado número. V. gr.: Conferencia Sectorial de Agricultura y Desarrollo Rural, de Pesca, Consejo de Coordinación Universitaria, Conferencia Nacional de Transportes, Conferencia Sectorial de Industria y Energía, de Turismo, etc. Entre todas destaca el Consejo de Política Fiscal y Financiera.
2. Comisiones sectoriales de inferior rango jerárquico a las Conferencias sectoriales, pero de mayor especialización técnica.

3. Convenios para la gestión y prestación de servicios, acuerdos de cooperación y convenios de colaboración.
4. Protocolos, acuerdos marco, consorcios, delegaciones y encomiendas de gestión, asociaciones de organismos gestores de servicios públicos, etc.

Por último, según el art. 6 de la Ley de Seguridad Nacional, otra fórmula de cooperación sería la Conferencia Sectorial para asuntos de la Seguridad Nacional.

Por lo que concierne a su vertiente negativa, el reconocimiento del poder de supervisión del Estado sobre las Comunidades Autónomas estaría integrado por la totalidad de las acciones estatales que tienen por fin adecuar o mantener la conducta de los sujetos sometidos al Estado dentro del marco constitucional, sin que esto suponga la eliminación del derecho a la autonomía reconocido constitucionalmente. Se trata solo de la afirmación constitucional de facultades estatales de corrección, vigilancia y acopio de información, que pretende reconducir la actuación de las Comunidades Autónomas a los márgenes y parámetros constitucionales.

Nótese, en todo caso, que hablamos constantemente en plural, porque plurales son los mecanismos de control previstos en la Constitución de 1978, amén de su compleja sistematización. No existe una institución general de control del Estado sobre las Comunidades Autónomas, sino una pluralidad de mecanismos de diferente carácter. A ello se añade igual complejidad a la hora de precisar su naturaleza y notas características.

De ahí que todo intento de sistematización resulte infructuoso. Parece mejor distinguir entre controles ordinarios y extraordinarios. Así, el grueso de los controles ordinarios se encuentra recogido en el art. 153 CE, al que se añaden otros institutos dispersos en el texto de 1978. Los controles extraordinarios son más limitados en número y se concretan en aquellos que conceden facultades directas para actuar cuando se den condiciones excepcionales o extremas.

Sea como fuere, el listado completo de las mismas es el siguiente:

– El control de constitucionalidad de la legislación autonómica [art. 161.1 a) CE].
– El control gubernamental sobre las competencias delegadas [art. 153 b) CE], a que se refieren las leyes de delegación y transferencia del art. 150.2 CE, que exige previo dictamen del Consejo de Estado.
– El control de la legalidad por la jurisdicción contencioso-administrativa de la actuación de la Administración autónoma y sus normas reglamentarias [art. 153 c) CE].
– El control económico-presupuestario del Tribunal de Cuentas (art. 153.4 CE).
– La cláusula de supremacía del art. 161.2 CE que confiere al Gobierno la posibilidad de impugnar ante el TC disposiciones o resoluciones de las Comunidades Autónomas.
– La resolución de los conflictos de competencias [art. 161.1 c) CE]
– El control de las Cortes Generales de leyes marco del art. 150.1 CE.
– El control de los supuestos de transferencia o delegación por ley orgánica del art. 150.2 CE.
– La aprobación de leyes de armonización (art. 150.3 CE).
– La alta inspección en materia educativa de las Comunidades Autónomas (*ex* art. 149.1. 30 CE).
– El delegado del Gobierno (art. 154 CE)

- El control económico-financiero del art. 26 de la Ley Orgánica 2/2012, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.
- El control de la dirección de la política de Seguridad Nacional del art. 14 de la Ley 36/2015, de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional, que atribuye al Gobierno el establecimiento y la dirección de la política de Seguridad Nacional, entendida esta como «la acción del Estado dirigida a proteger la libertad, los derechos y bienestar de los ciudadanos, a garantizar la defensa de España y sus principios y valores constitucionales…» (art. 2).
- Y, por último, el control extraordinario y sustitutorio de la actividad de las Comunidades Autónomas del art. 155 CE, sobre el que han corrido ríos de tinta en los últimos años como consecuencia del proceso separatista catalán, que alcanzó su punto álgido con la celebración del referéndum de autodetermninación ilegal de 1 de octubre de 2017, y que supuso la activación de las previsiones contenidas en él por primera vez desde la promulgación de la Constitución de 1978. Así, el 11 de octubre de 2017, el Gobierno Rajoy inició el procedimiento previsto en su apartado 2.º con el envío del preceptivo requerimiento al presidente de la Generalitat de Cataluña. Al requerimiento, que no fue atendido, le siguió la igualmente preceptiva autorización del Senado de fecha 27 de octubre de 2017, en que ya se había producido la aprobación en el Parlament de Cataluña de una resolución en que se declaraba constituir «la República catalana como Estado independiente y soberano». Contra este acuerdo del Pleno del Senado de 27 de octubre se presentaron sendos recursos de inconstitucionalidad por más de cincuenta diputados de Unidas Podemos y el Parlament de Cataluña. El primero se resuelve en la STC 89/2019, de 2 de julio que tan solo afirmó la inconstitucionalidad del párrafo segundo del apartado E.3 sobre «Publicaciones oficiales», incluido en el acuerdo adoptado por el Consejo de Ministros el 21 de octubre de 2017, desestimando todo lo demás. El segundo se resolvió en STC 90/2019, también de 2 de julio, siguiendo la estela de la anterior en cuanto al fallo.

Como valoración del sistema de relaciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas, debemos señalar respecto de las fórmulas de cooperación que son manifiestamente insuficientes y que el sistema necesitaría de un fomento de las mismas. Esto es, que la Constitución les dedica poca atención a pesar de dotar de mayor efectividad a los sistemas descentralizados. Respecto de la fiscalización, cabe recordar que la STC 76/1983, de 5 de agosto, que contiene el entresacado analítico o *«vademecum»* del sistema constitucional de vigilancia estatal de las Comunidades Autónomas, admite la constitucionalidad de los controles sobre la actividad de estas (FJ 12). Si bien no equivale a un control genérico e indeterminado, ni a un poder que las ponga en una situación de dependencia jerárquica o inferioridad del Estado. Este control no limita la autonomía, sino que la precisa al ámbito constitucional al que debe circunscribirse. Es, pues, una potestad limitada y proporcionada que debe respetar principios constitucionales y que necesita de cierta reordenación y actualización, a la vista de los últimos acontecimientos por la deriva independentista de Cataluña. De ahí, la L.O. 15/2015, de 17 de diciembre, de reforma de la L.O. 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, para la ejecución de las resoluciones del Alto Tribunal como garantía del Estado de Derecho, entre otros intentos.

BIBLIOGRAFÍA

GIL-ROBLES, J. M.ª: *Control y autonomías*. Madrid: Civitas, 1986.

GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, E.: *Los controles estatales sobre las Comunidades Autónomas. Precedentes y regulación constitucional actual*. Saarbrücken (Alemania): Editorial Académica Española, 2015.

— «El modelo de "fiscalización-control" del Estado sobre las Comunidades Autónomas. Futuro y propuestas de *lege ferenda*», en VV. AA., *El futuro del modelo de Estado*. Madrid: Instituto Madrileño de Administración Pública, Universidad Rey Juan Carlos, 2007.

JIMÉNEZ BLANCO, A.: *Las relaciones de funcionamiento entre el poder central y los entes territoriales: supervisión, solidaridad y coordinación*. Madrid: Instituto de Estudios de la Administración Local, 1985.

SOSA WAGNER, F.: «El control de las Comunidades Autónomas por el Estado en la Constitución», en *Documentación Administrativa*, 182 (1979).

TOLIVAR ALAS, L.: *El control del Estado sobre las Comunidades Autónomas*. Madrid: Instituto de Estudios de la Administración Local, 1981.

Esther GONZÁLEZ-HERNÁNDEZ
Profesora Titular de Derecho Constitucional
Universidad Rey Juan Carlos

VER TAMBIÉN: ADMINISTRACIONES PÚBLICAS / COMUNIDADES AUTÓNOMAS / COMUNIDADES AUTÓNOMAS (Competencias) / ESTADO DE LAS AUTONOMÍAS / NACIONALIDADES / **PANDEMIA: PERSPECTIVA JURÍDICA** / SECESIÓN Y DERECHO A DECIDIR

CONGRESO DE LOS DIPUTADOS

El significado, formal y real, del Congreso de los Diputados en el sistema político español puede examinarse a través de determinadas cuestiones definidoras de todo poder político: origen, responsabilidad, modo de ejercicio y fines.

Desde el punto de vista del origen, el Congreso de los Diputados (350 miembros) procede directa e íntegramente de la elección popular y, junto con el Senado (conformado en su mayor parte por sufragio directo), encarna la representación primordial del pueblo español. Solo este es titular de la soberanía nacional y solo las Cortes Generales (denominación del Parlamento bicameral español) representan originariamente al pueblo español (arts. 1.2 y 66.1 CE), respondiendo periódicamente ante el mismo (mandato máximo de cuatro años). Así, desde el ángulo formal, las Cortes Generales no solo expresan una legitimidad democrática, sino que su condición representativa les otorga una indiscutible centralidad en el sistema político, de la que, a su vez, el Congreso de los Diputados participa de modo preeminente, configurándose como la piedra angular del Estado. Centralidad no significa, sin embargo, un poder totalizador, sino que la posición de las Cámaras parlamentarias en el conjunto estatal se encuentra delimitada por varias coordenadas que conforman una compleja estructura de división del poder.

La primera y esencial limitación deriva de una configuración de las relaciones entre el Poder Legislativo y el Ejecutivo caracterizada, de una parte, por una articulación normativa estrictamente racionalizada de la confianza parlamentaria de la que depende el Gobierno (residenciada en su génesis –investidura, art. 99 CE– y en su eventual retirada –cuestión de confianza y moción de censura, arts. 112 a 114 CE– en el Congreso de los Diputados), complementada con la prerrogativa gubernamental de la disolución de las Cámaras (art. 115 CE), y, de otra parte, por una distribución de potestades que, en la dualidad básica de funciones parlamentarias (legislativa-presupuestaria –en la que el Congreso tiene, frente al Senado, la última palabra, art. 90 CE– y control de la acción del Gobierno) desplaza el centro de gravedad a esta última, en virtud del protagonismo del Ejecutivo en la iniciativa legislativa (traducción normal de su función constitucional de «dirección de la política interior y exterior» –art. 97 CE–) y del recurso del mismo a los decretos-leyes (art. 86 CE), cuyo uso, que requiere del control *a posteriori* del Congreso, hace tiempo que ha dejado de ser excepcional, traspasando los límites constitucionales.

Un segundo orden de limitaciones, en una coordenada vertical, deriva, hacia abajo, de la descentralización política en favor de las Comunidades Autónomas y, hacia arriba, de la transferencia de parcelas de soberanía en favor de la Unión Europea, proceso este último necesitado de una implicación más decidida del Parlamento nacional en el complejo orden jurídico-político representado por aquella.

La tercera y esencial limitación procede de la supremacía misma de la Constitución, a la que están sometidos el Congreso de los Diputados y el Senado, estando confiada su garantía última a un órgano específico de naturaleza jurisdic-

cional (el Tribunal Constitucional). Se trata, no obstante, de una limitación relativa, convertida en arma de la minoría parlamentaria, por cuanto el recurso directo sobre constitucionalidad de las leyes puede ser presentado por 50 diputados o 50 senadores (art. 162 CE).

Con ser importantes los anteriores factores, aún tienen mayor incidencia en la vida real de las Cámaras el protagonismo de los partidos políticos y de sus líderes y la relevancia de los poderosos medios de comunicación de masas (en particular la televisión y, hoy, las redes sociales), que han transformado la naturaleza de la relación representativa y convertido el Parlamento en un escenario mediático más («democracia de audiencia» –Manin–) en la contienda entre partidos, con la consecuencia de que aquella relación pueda impugnarse no ya por el componente de ficción política que siempre tuvo (Kelsen), sino por su completa desvirtuación, al hacer del cuerpo electoral el campo de batalla de una lucha descarnada por el poder.

En este contexto, en buena medida exógeno al Parlamento, se impone una ponderada reflexión sobre un mayor juego de las instituciones de democracia directa (siempre desde la perspectiva del carácter insustituible del gobierno representativo), una mirada crítica sobre el funcionamiento democrático y financiación de los partidos políticos y su trasunto en las Cámaras (los Grupos parlamentarios), y sobre todo, por utópico que parezca, una decidida apuesta por el fortalecimiento del papel del parlamentario individual, consustancial a las Cámaras, al que los Reglamentos y usos parlamentarios deben abrir posibilidades reales de desenvolvimiento.

Asimismo, cobra renovada importancia la cuestión relativa al modo en que las Cámaras ejercen sus funciones, que se caracteriza por tres rasgos esenciales: mayoría, deliberación pública y continuidad. Las Cámaras deciden por mayoría, lo hacen a través del debate público entre diferentes opiniones y lo hacen de forma continua.

Según que el sistema tienda a la aplicación mecánica de la regla mayoritaria o favorezca la transacción y la amplitud de los acuerdos, se han distinguido dos formas de democracia: una mayoritaria (o de confrontación) y otra consensual (o de negociación) (Lijphart).

El sistema electoral del Congreso de los Diputados, inalterado desde el comienzo de la Transición (sistema atenuado de representación proporcional, basado en circunscripciones plurinominales de base provincial, listas cerradas y bloqueadas, y método D'Hondt para la asignación de escaños) ha permitido escenarios diferentes, con períodos de mayoría absoluta de una única formación y gobiernos monocolores con fuertes liderazgos, que han inclinado el parlamentarismo hacia el primer modelo (1982-1993; 2000-2004 y 2011-2016), y períodos de tónica consensual, que han oscilado en su significado, en función del grado de fragmentación del arco parlamentario, hasta el alumbramiento por vez primera, en las elecciones generales de 2019, de un Gobierno de coalición.

Con independencia de lo anterior, el diseño constitucional de la democracia española contiene relevantes elementos que propician el compromiso y la centralidad del Parlamento nacional en la configuración del ordenamiento jurídico (mayoría absoluta –del Congreso– para las leyes orgánicas –art. 81 CE– y mayorías cualificadas para las reformas constitucionales –arts. 167 y 168 CE–) y en la intervención ante situaciones de crisis es-

tatal (mayoría absoluta del Congreso o del Senado en los supuestos previstos en los arts. 116.4 y 155 CE, respectivamente), amén de las mayorías reforzadas exigidas para la elección de determinadas magistraturas estatales.

En todo caso, el rasgo por excelencia del parlamentarismo, sobre el que se tienen que concentrar los esfuerzos de cualquier reforma, es el de la deliberación pública, que atraviesa todas las funciones parlamentarias. Ya que los factores exógenos debilitan y desnaturalizan el poder parlamentario, cualquier refuerzo de este pasa por hacerse fuerte en aquello que lo distingue y acredita frente a cualquier otro poder: el *debate público*.

Para ello, más que nunca en la sociedad posmoderna actual, es necesario afianzar la deliberación parlamentaria en la veracidad de los hechos («la libertad de opinión es una farsa si no se garantiza la información objetiva y no se aceptan los hechos mismos» –Hannah Arendt–), de lo que es presupuesto indeclinable la «autonomía informativa» (Manzella), esto es, la capacidad de obtener información relevante y veraz de forma independiente. En este campo, deben reconocerse mayores posibilidades de acción a las minorías (por ejemplo, para impulsar la participación en los procedimientos parlamentarios de expertos y representantes de grupos de interés, que deben ser objeto de la oportuna regulación) y robustecerse cualitativamente los medios personales y materiales al servicio de la Cámara.

En fin, atendiendo a la cuestión de los fines del poder, implícita en la última parte de la célebre frase de Lincoln sobre la democracia («gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo»), se enfrentan los dos paradigmas del pensamiento jurídico-político contemporáneo: el liberal, que parte de la presunción de que la autonomía privada puede ser garantizada meramente a través de las libertades negativas, y el de la igualdad, que demanda una positiva acción del Estado que sitúe a los individuos en condiciones iguales de ejercicio de aquella autonomía. Consistiendo la política contemporánea en un delicado compromiso entre ambos enfoques, en todo caso supone un desafío continuo para las Cámaras parlamentarias, dada la inadecuación de sus procedimientos para hacer frente a la complejidad e inmediatez de las medidas que reclama el paradigma social y cohonestarlas con los recursos financieros necesarios para su logro. Aquí, las perspectivas de mejora pasan, en lo formal, por un replanteamiento del procedimiento legislativo que garantice una adecuada división del trabajo en sus distintas fases, equilibre del mejor modo los papeles respectivos de Grupos y parlamentarios y ofrezca claridad en el debate, y, en lo material, por una defensa del ámbito parlamentario, que desbroce los contenidos generales y sustantivos, propiamente legislativos, de los más técnicos y esencialmente reglamentarios, susceptibles de delegación, resistiendo frente a la aparentemente paradójica tendencia gubernamental de blindar estos últimos con la fuerza de la ley.

BIBLIOGRAFÍA

Arendt, H.: *Verdad y mentira en la política*. Barcelona: Indómita, 2018.

Astarloa, I.: *El Parlamento moderno. Importancia, descrédito y cambio*. Madrid: Iustel, 2017.

Cazorla, L. M.: «La oscilante centralidad del Congreso de los Diputados bajo la Constitución de 1978», en Pendás, B.: *España constitucional (1978-2018). Trayectorias y perspectivas*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2018, vol. IV.
García-Escudero, P.: «Parlamentos del siglo XXI: el caso español», en Pendás, B.: *España constitucional (1978-2018). Trayectorias y perspectivas*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2018, vol. IV.
Kelsen, H.: *Teoría del Derecho y del Estado*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1979.
Lijphart, A.: *Modelos de democracia. Formas de gobierno y resultados en 36 países*. Barcelona: Ariel, 2012.
Manin, B.: *Los principios del gobierno representativo*. Madrid: Alianza, 1998.
Manzella, A.: «Las Cortes en el sistema constitucional español». En Predieri, A. y García de Enterría, E., coords.: *La Constitución Española de 1978*. Madrid: Civitas, 1981.
Pendás, B.: *La sociedad menos injusta. Estudios de Historia de las Ideas y Teoría de la Constitución*. Madrid: Iustel, 2019.
Pérez-Serrano, N.: «Organización y funcionamiento», en *El Congreso de los Diputados*. Madrid: Congreso de los Diputados, 1998.
Santaolalla, F.: *Derecho parlamentario español*. 2.ª ed. Madrid: Dykinson, 2019.

Eugenio De Santos Canalejo
Letrado de las Cortes Generales

VER TAMBIÉN: ANOMALÍA CONSTITUCIONAL / CORTES GENERALES / DECRETO LEY / DIVISIÓN DE PODERES / ESTADO DEMOCRÁTICO / LEYES / MANDATO PARLAMENTARIO / MOCIÓN DE CENSURA / ÓRGANOS CONSTITUCIONALES / PODER CONSTITUYENTE / PRESIDENTE DEL GOBIERNO / PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO / REFORMA CONSTITUCIONAL / REGLAMENTO PARLAMENTARIO / REPRESENTACIÓN POLÍTICA / SENADO

CONSEJO DE ESTADO

La Constitución define al Consejo de Estado como el supremo órgano consultivo del Gobierno, pero en realidad la institución ha trascendido la previsión constitucional, para adquirir, en palabras del propio Tribunal Constitucional, el carácter de órgano del Estado con relevancia constitucional, al servicio de la concepción del Estado que la propia Constitución establece (STC 56/1990, de 29 de marzo, FJ 37).

Francisco Rubio Llorente llegó a decir que «el Consejo de Estado es la encarnación más pura del Estado mismo…». José Manuel Romay Beccaría se refería a la sabiduría de siglos que se acumulaba en el Consejo y que le sirve para combatir a los enemigos íntimos de la democracia. Antonio Hernández-Gil, Francisco Tomás y Valiente y Fernando Ledesma pusieron de relieve las metas éticas de esta institución, su defensa de los valores democráticos y de los derechos humanos por encima de partidismos e ideologías.

Se trata, en definitiva, de una institución multisecular e imprescindible, pues posee una visión panorámica del Estado, de la Administración y del ordenamiento jurídico. Esa visión alcanza un valor inconmensurable y un carácter único cuando se conecta con la altura intelectual de sus miembros, lo que garantiza no solo la depurada técnica jurídica que caracteriza a sus análisis, garantía última de preservación de la calidad y coherencia de nuestro ordenamiento, sino su propia independencia y objetividad –la Constitución establece su autonomía orgánica y funcional– que resulta esencial para un ejercicio efectivo de las funciones que tiene encomendadas. Estas funciones son variadas y de gran trascendencia y vienen definidas en su Ley Orgánica y detalladas en su Reglamento Orgánico. El Consejo actúa a través de tres órganos colegiados: Pleno, Comisión Permanente y Comisión de Estudios. También puede actuar en Secciones.

De manera concisa se puede decir que el Consejo realiza una labor de control, de garantía y de fiscalización, que redunda en última instancia en beneficio del ciudadano. Así lo ha constatado el TC, que se ha referido a la función consultiva como una «importantísima garantía del interés general y de la legalidad objetiva».

Pero si hay algo que distingue al Consejo es que es una *institución sabia*. Se ofrece como un espacio en el que se da prioridad al pensamiento, a la reflexión, a la escucha, al estudio y al debate. Los asuntos jurídicos se discuten con minuciosidad, sin prisas, en este oasis privilegiado, no regido por la agenda política, en el que el tiempo parece detenerse y en el que consejeros y letrados trabajan para dar la mejor y más completa opinión, tal y como expresa el emblema del Consejo: *prever y proveer*.

El debate es el modo habitual con el que se elaboran los dictámenes. Sus textos se depuran en su rigor y precisión a través de los filtros producidos en distintos niveles: Sección, Comisión y Pleno. Un mecanismo de decantación basado en la razón dialogada que imprime su impronta en el estilo de las opiniones emanadas del Consejo. Un debate desarrollado siempre desde la más plena independencia de criterio, basado en sólidos argumentos, y en el que los participantes nunca parten de posiciones cerradas ni, por supuesto, partidistas, sino que se

mantienen abiertos a aceptar la fuerza de las mejores razones. Se puede decir que esta institución encarna el ideal habermasiano de la razón comunicativa y, por tanto, de la democracia deliberativa.

La función del Consejo de Estado es expresión de lo que Tocqueville definía como «poder de opinión». Un poder basado en la pulcritud de la razón jurídica, en el esfuerzo de ofrecer argumentos aceptables por toda la comunidad como correctos, en la coherencia con los valores y principios, los textos normativos y el resto de materiales jurídicos.

Las mismas consideraciones, dedicación y estudio merecen tanto los asuntos que afectan a los intereses del Estado, como aquellos en los que son los propios ciudadanos quienes ejercen sus derechos o plantean sus reclamaciones frente a la Administración. Y todo esto sin que se acumulen retrasos, porque en el Consejo se trabaja eficazmente para llevar al día todos los asuntos.

El Consejo tiene también una importante «tarea hermenéutica», de lectura e interpretación de las realidades, reclamos y deseos de la ciudadanía. Tiene que saber trasladar al Gobierno pautas para hacer que los ciudadanos se identifiquen con los ideales y valores que caracterizan a nuestro Estado social y democrático de Derecho.

Gobernar una sociedad plural exige, como recuerda Rawls, el uso de la razón pública. Impone el deber de escuchar a los demás, tomar en cuenta sus puntos de vista y preservarlos, en la articulación de la decisión final.

No cabe duda de que en democracia todo ejercicio de poder público debe venir avalado por razones. En democracia, la dignidad del ciudadano impone humildad al poder, la humildad de la sujeción a límites, en garantía de la libertad y dignidad de las personas.

La democracia es, pues, la realización de un ideal de convivencia racional y razonable; y el Consejo de Estado desempeña una función capital colaborando en la definición de lo que es jurídicamente posible o acertado en el proceso de toma de decisión. Los dictámenes del Consejo están fundados en las normas que conforman el ordenamiento, pero también en criterios de oportunidad y conveniencia si así lo requiere el asunto sometido a consulta o así es solicitado por la autoridad consultante. También se puede recurrir a los criterios de oportunidad para coadyuvar a un mejor funcionamiento de la Administración. Es de destacar que el Consejo puede elevar al Gobierno mociones, es decir, propuestas que juzgue oportunas acerca de cualquier asunto que la práctica y la experiencia de sus funciones le sugieran.

Rubio Llorente decía que la función del Consejo es estrictamente reflexiva de modo que es el órgano mediante el cual el Estado reflexiona continuamente sobre sí mismo. Dictaminar en Derecho sobre lo pretendido por el Ejecutivo revela la trama de principios y reglas que condicionan el ejercicio del poder, al tiempo que señala los cotos vedados a su incursión, por ser territorios en los que priman las libertades y los derechos de las personas. Tomás y Valiente sintetizó magistralmente las virtudes de la función de este órgano constitucional: «Su poder –afirmaba– es el consejo, su arma, el Derecho, su instrumento el trabajo, su premio, el prestigio, eso que los romanos llamaban *auctoritas*».

Aunque el Consejo, creado en 1526 por el Emperador Carlos V, es el modelo originario y una de las instituciones públicas más

antiguas de España, no es el único actor en el ejercicio de la función consultiva. Hay que referirse también a los órganos consultivos autonómicos, cuya constitucionalidad fue confirmada por la STC 24/1992, de 26 de noviembre, en la que se estableció que debían dotarse de características análogas a las del Consejo de Estado, con objeto de garantizar su independencia, objetividad y rigurosa cualificación técnica. El papel de los órganos autonómicos como integrantes de la Administración consultiva también es esencial. Si no existieran, el volumen de trabajo del Consejo se multiplicaría al menos por siete, lo que da idea de la entidad de su labor. Se trata de órganos heterogéneos, con funciones diversas y atribuciones variadas, pero imprescindibles hoy para el buen desarrollo de la función consultiva en nuestro país.

Se puede concluir que el Consejo de Estado contribuye de manera decisiva a la mejora de nuestro ordenamiento jurídico. La combinación de sabiduría, experiencia de Estado y excelencia técnica que lo caracteriza es realmente excepcional, y se podría ampliar su aprovechamiento.

Se debe facilitar la proyección del más alto pensamiento que se elabora en esta *institución inteligente*, como le gusta calificarla al consejero Herrero y Rodríguez de Miñón, mejorando el acceso a la doctrina, organizando y acogiendo jornadas, seminarios y ponencias en los que se dé difusión a esa doctrina y se contraste con puntos de vista expresados por otros agentes jurídicos.

Aunque la institución goza de una magnífica reputación entre los operadores jurídicos, hay un amplio margen de mejora a la hora de trasladar esa percepción a la ciudadanía. Habría que aunar las legítimas demandas de conocimiento y mayor transparencia con la necesaria preservación de los métodos de trabajo del Consejo, como centro de reflexión sosegada e independiente, que favorece la calidad de sus resultados. En el afán por acercar la institución a la ciudadanía, es necesario trabajar para hacer del Consejo una institución más conocida y más transparente y para difundir su dimensión humana, que se añade a su excelencia técnica, y que se manifiesta claramente, por ejemplo, en lo concerniente a las reclamaciones de responsabilidad patrimonial del Estado. Se ha emprendido una mejora del portal de transparencia y una transformación del sitio web. Y también habría que trabajar en la internacionalización, favoreciendo los contactos con órganos consultivos europeos y americanos y de otros lugares donde haya instituciones homólogas.

Y habría que darle prioridad al reforzamiento de la colaboración con los órganos consultivos autonómicos. Porque comparten con el Consejo una enorme responsabilidad, la de contribuir al mejor gobierno de nuestro país. Se trata de poner en común lo que hacen, de detectar los problemas con los que se enfrentan y las soluciones que arbitran, para escoger las mejores. Se trata de comparar las actividades que tienen asignadas y de analizar cómo se desarrollan y si son coherentes con la naturaleza de la función que tienen encomendada. Prolongar las líneas de colaboración existentes y reforzarlas es oportuno y necesario.

BIBLIOGRAFÍA

Alonso García, R.: *Consejo de Estado y elaboración de Reglamentos estatales y autonómicos*. Madrid: Civitas, 1992.

Arozamena Sierra, J.: «La caracterización constitucional del Consejo de Estado», en *Documentación Administrativa*, 244-245 (1966).

Consejo de Estado, página web: http://www.consejo-estado.es/

García-Trevijano Garnica, E.: «Posición institucional del Consejo de Estado», en *Revista de Administración Pública*, 122 (1990).

López Menudo, F.: *La Administración Consultiva y su desconfiguración como Sistema*. Sevilla: Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, 2019.

Martín Oviedo, J. M.ª: *El Consejo de Estado durante el Régimen Constitucional*. Madrid: Consejo de Estado, BOE, 2013.

Nevado-Batalla Moreno, P. T.: «Función Consultiva y garantía del Estado de Derecho (a propósito de un debate desleal)», en *Revista Española de la Función Pública*, 23 (2015).

Pérez-Tenessa, A.: *Historia, casos e historias del Consejo de Estado*. Madrid: BOE, 2005.

Triguero Ortiz, O.: *El Consejo de Estado y los órganos consultivos autonómicos*. Madrid: Dykinson, 2015.

M.ª Teresa Fernández de la Vega Sanz
Presidenta del Consejo de Estado
Ex Vicepresidenta del Gobierno

VER TAMBIÉN: ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO / ADMINISTRACIONES PÚBLICAS / BUENA ADMINISTRACIÓN / ESTADO DE DERECHO / ESTADO DE LAS AUTONOMÍAS / ORDENAMIENTO JURÍDICO / ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA / PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO / REGLAMENTO ADMINISTRATIVO / TÉCNICA NORMATIVA / TRATADOS INTERNACIONALES / UNIÓN EUROPEA

CONSEJO DE EUROPA

Organización internacional de ámbito regional creada en Londres el 5 de mayo de 1949 de la que forman parte en la actualidad 47 Estados europeos, incluyendo Turquía (desde poco después de su fundación) y Rusia (desde 1996), así como los países de los Balcanes, del Cáucaso (Georgia, Armenia y Azerbaiyán), y otros países del continente europeo que no forman parte de la Unión Europea (Suiza, Noruega, Islandia, Mónaco, Liechtenstein y San Marino). El único país europeo que no pertenece hoy al Consejo de Europa es Bielorrusia. Otros países no europeos pueden acceder al estatuto de «observador» o de «*partenaires* por la democracia».

La sede se encuentra en Estrasburgo, símbolo de la reconciliación francoalemana, en el edificio conocido como el Palacio de Europa, cuya ampliación alberga así mismo el hemiciclo y las dependencias del Parlamento Europeo. Su origen se remonta a los movimientos por la unificación europea que surgieron tras el fin de la Guerra. Fueron los delegados de estos grupos europeístas de diferentes ideologías quienes, reunidos en el Congreso de La Haya del 7 al 10 de mayo de 1948, y en medio de un fuerte enfrentamiento entre federalistas y partidarios de una Europa intergubernamental, recomendaron a los gobiernos la creación del Consejo de Europa, con un Consejo de Ministros y una Asamblea consultiva –que debía ser elegida por los Parlamentos nacionales, y no directamente por los ciudadanos–, así como la elaboración de una Carta de derechos humanos y el establecimiento de una Corte de Justicia para controlar su aplicación. El Estatuto fue firmado en Londres e inicialmente rubricado por diez países. El art. 1 señala como objetivo «realizar una unión más estrecha entre sus miembros para salvaguardar los ideales y los principios que constituyen su patrimonio común y favorecer su progreso económico y social», y el art. 3 subraya la obligación de reconocer la preeminencia del Derecho y de los derechos y las libertades fundamentales de las personas. Como instrumento principal para conseguir la unión más estrecha se señalaba la conclusión de acuerdos en el terreno económico, social, cultural, científico, jurídico y administrativo. El primer gran convenio que se redactó seguidamente fue el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), firmado en Roma en 1950.

Bajo la presidencia del antiguo primer ministro belga Paul-Henri Spaak, la Asamblea Parlamentaria (APCE) se convirtió durante los primeros años en lugar de debates muy vivos sobre la integración en pos de una Europa federal. Así, el plan de creación de la CECA fue presentado por Robert Schuman delante de la Asamblea en 1950. Y en diciembre de 1951, mientras se hallaban en su punto álgido las discusiones sobre una Comunidad Europea de la Defensa, la Asamblea rechazó la propuesta de convocar una conferencia con la finalidad de elaborar un proyecto de Unión Europea. Como diría Spaak, esta fue la última oportunidad de que el Consejo de Europa optase por la vía federalista. A partir de ese momento, sería el método Monnet de la integración sectorial y progresiva a través de la creación de la CECA (1951), y de la CEE (1957), y sus sucesivas reformas y ampliaciones hasta constituir las Comunidades Europeas y la

Unión Europea (a partir del Tratado de Maastricht de 1992), el que haría factible el proceso de la unificación europea sobre la base de la supranacionalidad. Paralelamente, el Consejo de Europa desarrollaría a su modo la cooperación intergubernamental a través de convenios –abiertos en múltiples ocasiones a la adhesión de terceros países–, que fomentarían la convergencia legislativa en diferentes ámbitos, y se especializaría también en la defensa y promoción de los valores democráticos, los derechos humanos y el patrimonio cultural. Hoy la UE financia gran parte de los programas del Consejo, atenazado por una importante crisis presupuestaria. La adhesión de la UE al CEDH, prevista en los Tratados comunitarios, hubiera propiciado una aproximación de ambas instituciones, pero se encuentra actualmente bloqueada tras el dictamen del TJUE de 2014, ante las dificultades objetivas de su ejecución.

El Consejo de Europa ha promovido la creación de un buen número de organismos consultivos o cuya función es realizar el seguimiento de los convenios en vigor. De entre ellos destacan, en el ámbito de los derechos humanos, la Carta Social Europea, el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura, el Comisario Europeo de Derechos Humanos, GRETA (Grupo de expertos contra el tráfico de seres humanos), ECRI (Comisión europea contra el racismo y la intolerancia), CEDS (Comité Europeo de Derechos Sociales), o el Comité de la Convención sobre la cibercriminalidad. En el ámbito de la salud, además de la Farmacopea o Dirección europea sobre la calidad de los medicamentos, destaca el Grupo Pompidou de lucha contra la toxicomanía. Por lo que hace referencia al Estado de Derecho, la Comisión de Venecia, GRECO (Grupo de Estados contra la corrupción), MONEYVAL (Comité de expertos para la evaluación de las medidas en la lucha contra el blanqueo de capitales), y los Consejos consultivos de la red de jueces europeos y de fiscales europeos, o la Comisión europea para la eficacia de la justicia. En el ámbito de la cultura, el Observatorio europeo del audiovisual, EURIMAGES (Fondo de ayudas a la coproducción), los Itinerarios Culturales Europeos o la Red europea del patrimonio.

El Comité de Ministros es el órgano «ejecutivo» y se compone de los ministros de Asuntos Exteriores de cada país miembro, o habitualmente, de sus delegados, los Representantes Permanentes, que se reúnen una vez por semana. No está legalmente obligado a decidir por unanimidad, pero la práctica es el consenso. Sus funciones principales son, además de ser sede del diálogo político, la admisión de nuevos miembros, la adopción de convenios y acuerdos, el diálogo con la Asamblea en relación a sus recomendaciones y dictámenes, el control de la ejecución de las decisiones del TEDH y la aprobación del presupuesto.

El secretario general es el responsable de la administración y del funcionamiento cotidiano del Consejo de Europa, y está a la cabeza del Secretariado, distribuido en direcciones generales temáticas. Comunica a los Estados miembros las conclusiones del Consejo de Ministros y puede requerir de los mismos la aplicación efectiva de la CEDH. Su función política como mediador en situaciones de crisis en relación a un Estado miembro o en los conflictos entre países miembros no ha dejado de crecer, así como su papel en las relaciones exteriores del Consejo de Europa.

El TEDH es el órgano judicial encargado de la aplicación del CEDH. La gran ori-

ginalidad del Convenio, sobre todo en el momento de su aprobación, fue el reconocimiento de derechos a los individuos y su accionabilidad directa contra los Estados, que sin embargo solo se consiguió de forma plena por medio del Protocolo 11 del Convenio en 1998, al abolirse el órgano intermedio de la Comisión Europea de Derechos Humanos, así como cualquier competencia jurisdiccional del Comité de Ministros. La interpretación dinámica de la Convención por el Tribunal ha hecho que los derechos individuales se conviertan en obligaciones positivas de los Estados. El Tribunal ha creado un marco homogéneo de protección de los derechos humanos para todos los países miembros y su interpretación ha tenido una gran influencia en el desarrollo constitucional en Europa y como modelo para terceros países.

Rápidamente la APCE supo transformar la adhesión al Consejo de Europa y la participación en sus trabajos, o bien la exclusión de la organización, en un aval de conformidad democrática. Ello tuvo lugar con el golpe de los coroneles en Grecia en 1967, el golpe de Estado en Turquía de 1980, el ingreso de Portugal en 1976 y de España en 1977 (antes de que se aprobara la Constitución de 1978), la adhesión de los países del Este y de Rusia tras el fin del periodo soviético, o el apartamiento de este último país de la APCE con motivo de la anexión ilegal de Crimea y sus operaciones de uso de la fuerza en Ucrania.

La APCE se compone de 318 miembros titulares y otros 318 suplentes. España cuenta con 12 miembros titulares y 12 suplentes, nombrados por el Congreso de los Diputados y el Senado de acuerdo con la representación parlamentaria de los diferentes partidos. Los trabajos de la Asamblea se desarrollan en Plenario y en Comisiones. El Comité mixto es el órgano encargado de la coordinación de las actividades entre el Comité de Ministros y la APCE, y sobre todo de la concertación entre ambos. A través de sus informes, votados como resoluciones o como recomendaciones, y de sus dictámenes no vinculantes al Comité de Ministros, así como por medio de sus debates sobre cuestiones de actualidad y sobre cuestiones urgentes, la APCE ejerce una nada desdeñable influencia, especialmente en aquellos países para los que, al no pertenecer a la UE, el Consejo de Europa es el cordón umbilical institucional con Europa. La Asamblea elige además a los principales responsables del Consejo de Europa, a saber, el secretario general, los jueces del TEDH y el comisario europeo de los Derechos Humanos. A iniciativa de la APCE se constituyó a partir de 1994 el Congreso de poderes locales y regionales del Consejo de Europa, cuyas funciones son promover la democracia a nivel local y supervisar la aplicación de la Carta europea de la Autonomía Local. Así mismo, a las ONGs se les ha reconocido capacidad oficial de participar en los trabajos de la APCE. El Consejo de Europa es hoy la institución más antigua de integración regional en Europa y la que comprende un mayor número de países.

BIBLIOGRAFÍA

Huber, D., ed.: *Artesanos de Europa. 30 testimonios para 70 años de historia. 1949-2019*. Estrasburgo: Consejo de Europa, 2019.

Monereo Atienza, C.; Monereo Pérez, J. L., dirs.: *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*. Granada: Comares, 2017.

Pinon, X.: *Le Conseil de l'Europe. Une organisation au service de l'homme*. Paris: L. G. D. J., 2011.

Wassenberg, B.: *History of the Council of Europe*. Strasbourg: Conseil de l'Europe, 2013.

José M.ª Beneyto
Catedrático de Derecho Internacional Público
Universidad CEU-San Pablo
Ex Diputado

VER TAMBIÉN: CONSTITUCIÓN EUROPEA (Proyecto de) / DERECHOS HUMANOS / DIÁLOGO DE TRIBUNALES / INTEGRACIÓN EUROPEA / PARLAMENTO EUROPEO / TRIBUNAL CONSTITUCIONAL / TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UE / TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS / UNIÓN EUROPEA

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Uno de los rasgos que distinguen al Estado social y democrático de Derecho construido en Europa a partir de 1945 es el fortalecimiento del Poder Judicial. Las Constituciones surgidas en mitad del siglo pasado se preocuparon por reconocer y garantizar los derechos fundamentales y someter a los poderes públicos a la ley y al Derecho. En ese designio, la función de los jueces adquirió una importancia determinante pues se convirtieron en los custodios de esos derechos y en los garantes de la legalidad de las Administraciones Públicas. Al mismo tiempo, a fin de situarlos en las mejores condiciones para cumplir esos cometidos, esas Constituciones se preocuparon de asegurar su independencia frente a los demás órganos del Estado. Para ello reforzaron el estatuto de los jueces para ponerles al resguardo de posibles presiones directas o indirectas por parte de los gobernantes o de otros sujetos.

Las Constituciones francesa de la IV República de 1946 e italiana de 1947 dieron un paso más. Atribuyeron la aplicación del estatuto judicial a un órgano de nueva creación, el Consejo Superior de la Magistratura, de composición mixta –jueces y juristas designados estos por las altas autoridades del Estado–- y carente de toda subordinación al Poder Legislativo y al Poder Ejecutivo. Esa competencia estaba antes principalmente en manos del Ministerio de Justicia. Siendo cierto que dicho estatuto se hallaba intensamente predeterminado por la ley y que su aplicación era susceptible de control judicial, se prefirió erigir esos Consejos porque privar al Ejecutivo de toda intervención sobre ellos contribuiría a la efectividad de la independencia de los jueces.

Esta solución, presentada como una racionalización de la separación de poderes, pasaría después a la Constitución francesa de la V República de 1958, a la portuguesa de 1976 y a la española de 1978. Años más tarde se ha difundido en Europa, aunque no todos los países la sigan, y en la América hispana. Es importante señalar que la Carta Magna de los Jueces, aprobada por el Consejo Consultivo de Jueces Europeos, del Consejo de Europa, en 2010, afirma que la garantía de la independencia judicial ha de encomendarse a estos Consejos y que deben estar formados solo por jueces o por una mayoría sustancial de jueces, elegidos por los propios jueces.

La Constitución de 1978 atribuye el que llama gobierno del Poder Judicial al Consejo General del Poder Judicial (art. 122). Comprende, en esencia, decidir los nombramientos, ascensos, inspección y el régimen disciplinario de jueces y magistrados. A estos cometidos indispensables, el legislador orgánico ha añadido otros accesorios pero no intranscendentes, como la potestad reglamentaria o la facultad de informe sobre anteproyectos o proyectos de disposiciones generales que guarden relación con ellos o, en general, con el proceso y la organización judicial o con la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales. El Consejo también designa a dos de los doce magistrados del Tribunal Constitucional (art. 159) y debe ser oído por el Gobierno en el nombramiento del fiscal general del Estado (art. 124).

El Consejo General del Poder Judicial carece de toda vinculación orgánica o funcional con las Cortes Generales y con el

Gobierno y solo está sometido a la Constitución y a la ley.

Veinte vocales lo componen. Doce han de ser designados entre jueces y magistrados en activo de todas las categorías y los otros ocho han de ser elegidos entre juristas de reconocida competencia con más de quince años de experiencia profesional. Los doce primeros, según la LOPJ, son elegidos entre los candidatos apoyados por los jueces y magistrados en un procedimiento regulado por dicha Ley, seis por el Congreso de los Diputados y seis por el Senado. Los juristas son elegidos cuatro por cada una de esas Cámaras tras comparecer ante ellas los candidatos propuestos por los Grupos parlamentarios. Es necesaria una mayoría de tres quintos para la elección de todos, aunque la Constitución solamente la exige para la de los vocales juristas.

Está presidido por el presidente del Tribunal Supremo, al cual elige el propio Consejo nada más constituirse (art. 123). Esta opción de la Constitución expresa la unidad de las dos facetas del Poder Judicial: la jurisdiccional y la gubernativa, y pone de manifiesto la superior relevancia de la primera, confirmada porque la Sala Tercera del Tribunal Supremo controla el sometimiento de la actuación del Consejo a la legalidad.

El Consejo General del Poder Judicial ejerce sus funciones en Pleno y en Comisión Permanente. También resuelve, pero no definitivamente, su Comisión Disciplinaria. Al Pleno se le reservan las decisiones más importantes, como la elección del presidente del Tribunal Supremo y de su vicepresidente, la designación de dos magistrados del Tribunal Constitucional y ser oído en el nombramiento del fiscal general del Estado. También aprueba los reglamentos que desarrollan la LOPJ en los extremos en que esta le habilita y efectúa los nombramientos discrecionales. Es decir, los de las Presidencias de los tribunales y de sus salas, y los de los presidentes de Sala y de magistrados del Tribunal Supremo. En, fin puede revisar, en virtud de recurso, los acuerdos de la Comisión Permanente y los de la Comisión Disciplinaria.

Sus decisiones deben ser tomadas por mayoría absoluta de los miembros presentes que han de ser, al menos, diez y el presidente. No obstante, las principales –la elección de presidente del Tribunal Supremo y la del vicepresidente, la designación de los magistrados del Tribunal Constitucional y los nombramientos discrecionales, entre ellas– han de ser aprobadas por mayorías cualificadas.

Aunque la mayoría de sus miembros son jueces y magistrados, el Consejo no es un órgano de representación de la carrera judicial ni expresa su autogobierno. Por otra parte, la exigencia de una mayoría cualificada de tres quintos para la designación por el Congreso y por el Senado –que eligen cuatro cada uno– de los ocho vocales juristas de reconocida competencia, extendida por el legislador a la designación parlamentaria de los doce vocales judiciales, expresa el propósito de apartar la composición del Consejo de la disputa partidista. En este mismo sentido, el mandato de cinco años pretende desligar al órgano de gobierno del Poder Judicial de las legislaturas de las Cortes Generales.

El acuerdo inicial de 1980 sobre la forma de designar los doce vocales que han de ser designados entre jueces y magistrados en activo se rompió en 1985, cuando la LOPJ dispuso que, en lugar de ser elegidos por sus pares,

fueran designados también por las Cortes Generales con la misma mayoría de tres quintos exigida para elegir a los vocales juristas. El Tribunal Constitucional consideró conforme a la Constitución ese cambio, pero advirtió de los riesgos que implicaba, en particular del peligro de que trasladara al Consejo las divisiones propias de la confrontación política parlamentaria. Desde entonces permanece abierta la polémica en torno a esta cuestión y, aunque se han sucedido distintas mayorías parlamentarias, no se ha vuelto a la elección de los vocales judiciales por los miembros de la Carrera Judicial.

Las Cortes Generales han preferido escoger a candidatos de las asociaciones judiciales más próximas a los principales grupos políticos en vez de a los que lograron más apoyo entre sus compañeros. Esta circunstancia, los notorios episodios en los que se hizo patente que la composición del Consejo e, incluso, la elección del presidente del Tribunal Supremo eran el fruto de un previo acuerdo político y determinadas actuaciones de algunos de sus miembros, escoradas hacia las posiciones de los Grupos parlamentarios que les propusieron, han terminado produciendo una extendida insatisfacción con el Consejo General del Poder Judicial al que se reprocha estar subordinado a las fuerzas políticas que deciden el nombramiento de sus vocales y contaminar políticamente a quienes nombra discrecionalmente.

A pesar del cúmulo de críticas que ha merecido, la mayor parte debidas, más que a la conducta de sus miembros, a la de los partidos políticos, la independencia judicial es una realidad en España. Los jueces y magistrados españoles no solo cuentan con suficientes garantías para ejercer la jurisdicción sin más sujeción que la que deben al ordenamiento jurídico, sino que *son tan independientes como quieran serlo*. El Consejo General del Poder Judicial no lo ha impedido ni lo impide. La pregunta que debe hacerse, por tanto, es la de si sucedería lo mismo si se devolvieran al Ministerio de Justicia las atribuciones con las que contó en esta materia o si se confiara la tarea que hace el Consejo a algún órgano de nuevo cuño.

La experiencia italiana muestra que la elección judicial de los vocales de esa procedencia no evita divisiones ni alineamientos semejantes a los que se producen en el ámbito parlamentario. Por otra parte, aunque en el marco del Consejo de Europa se preconizan los consejos de la magistratura formados por una mayoría de jueces elegidos por sus pares como mejor medio de asegurar la independencia judicial, es significativo que el TEDH no haya concluido que esta sea una exigencia del art. 6 del Convenio de Roma (sentencia de 21 de junio de 2016, asunto Ramos Nunes de Carvalho e Sá contra Portugal). En fin, no deja de llamar la atención la pretensión de poner en manos de un cuerpo funcionarial, aún tan cualificado como la Carrera Judicial, la elección de la mayoría de los integrantes del órgano constitucional que les gobierna.

Seguramente, sería beneficioso reformar el art. 122.3 CE para reducir su número si se conviniere que son demasiados veinte vocales, y establecer un sistema objetivo para designarlos si en un plazo determinado el Congreso de los Diputados y el Senado no hicieren las correspondientes propuestas de nombramiento por mayoría cualificada. Y, sobre todo, ayudaría promover y mantener una constante exigencia de que la elección de quienes van a gobernar el Poder Judicial se guíe por los criterios de competencia profesional que apunta la Constitución.

BIBLIOGRAFÍA

Andrés Ibáñez, P.: *Tercero en discordia: jurisdicción y juez en el Estado constitucional*. Madrid: Trotta, 2015.

Ballester Cardell, M.: *El Consejo General del Poder Judicial*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2007.

Guarnieri, C.; Pederzoli, P.: *Los jueces y la política. Poder Judicial y democracia*. Madrid: Taurus, 1999.

Íñiguez, D.: *El fracaso del autogobierno judicial*. Madrid: Civitas, 2008.

Lucas Murillo de La Cueva, P.: *La independencia y el gobierno de los jueces. Un debate constitucional*. Madrid: Reus, 2018.

Terol Becerra, M.: *El Consejo del General del Poder Judicial*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990.

Pablo Lucas Murillo de La Cueva
Académico de Número y Secretario de la
Real Academia de Ciencias Morales y Políticas
Magistrado del Tribunal Supremo
Catedrático de Derecho Constitucional

VER TAMBIÉN: DEMOCRACIA / DIVISIÓN DE PODERES / ESTADO CONSTITUCIONAL / ESTADO DEMOCRÁTICO / JUECES Y MAGISTRADOS / JURISDICCIÓN / TRIBUNAL SUPREMO

CONSTITUCIÓN

Toda organización social, por rudimentaria que sea, tiene una Constitución porque, como decían los maestros del realismo jurídico francés (Scelle), todas ellas reposan sobre una serie de reglas constitutivas esenciales a su existencia, duración y progreso. Incluso aquellas colectividades con una organización rudimentaria en la que las normas fundamentales parecen ambiguas e inexistentes las instituciones no dejan de tener una Constitución en el sentido amplio del término. Concepto tan amplio de Constituciones permite múltiples aproximaciones al mismo que cabe clasificar bajo tres epígrafes (así, García Pelayo): las Constituciones tradicionales, propias del Antiguo Régimen y de los movimientos tradicionalistas, pero en gran parte válidas aun hoy para la Constitución británica; la Constitución en sentido racional-normativo, propia del constitucionalismo moderno; y una concepción sociológica que atienda a las fuerzas sociales que protagonizan el proceso político.

A la hora de precisar el concepto moderno de Constitución adoptado por la mayoría de los Estados actualmente existentes es útil acudir a la triple versión de la Constitución que propusiera Carl Schmitt: norma, decisión y orden concreto, que cobran pleno sentido en una perspectiva histórica.

La Constitución antigua era un orden concreto que no propugnaba como decisión un determinado deber ser, esto es, una norma, sino que describía un ser. Baste como ejemplo la *Constitución de Atenas* descrita por Aristóteles, entre otras muchas de que da cuenta en su *Política*. Se trataba de Constituciones más «semánticas» que normativas, según las categorías de Löwenstein.

Por su parte, la Constitución moderna, la que nace en las colonias británicas de Norteamérica, no describe lo que hay sino que propugna lo que debe ser, especialmente en sus respectivas partes dogmáticas, por ejemplo la Declaración de Derechos de Virginia. No son «semánticas» sino, volviendo a las categorías de Löwenstein, «normativas».

Es claro que entre una y otra manera de concebir la Constitución hay transiciones que bien idealizan la realidad o bien tratan de rectificarla. Las obras de Althusio y Bodino son buen ejemplo de ello. Pero las Constituciones modernas, las que surgen a partir del siglo XVIII y que la doctrina al uso suele calificar de racional-normativas, afirman libertades y crean nuevas formas de poder. Es de este tipo de Constitución del que se ocupa la doctrina de nuestros días, y sobre ella crece una Teoría de la Constitución que, en gran medida, sustituye a la que antes se denominaba Teoría del Estado.

La Constitución surge del poder constituyente, que suele entenderse como una voluntad incondicionada: la voluntad general, expresión de la soberanía nacional. Pero en realidad a la génesis de la Constitución concurren una pluralidad de factores, lo que Lassalle denominó *fragmentos de Constitución*, que como actores o sujetos del poder constituyente que se acomodan de hecho o de derecho, consensúan la Constitución, y de este modo surge de un pacto entre diversas fuerzas políticas y sociales. Un pacto que para ser verdaderamente constituyente no es un contrato de transacción, sino una *unión de voluntades*. Y porque los pactos excluyen su alteración unilateral, la reforma de lo pactado ha de ser

también pactada o se destruye la propia Constitución. La modificación o la mutación constitucional es siempre fruto de un acuerdo expreso o tácito.

El poder constituyente así entendido no solo crea la Constitución, sino que la mantiene viva. Es el consenso constitucional expreso o tácito, pero siempre presente, y del que es expresión más o menos intensa según la solidez de ese consenso básico el llamado «sentimiento» constitucional.

Cabe distinguir entre poder constituyente originario y poder constituyente constituido y su reflejo práctico es el problema de la autoctonía constitucional, que en los nuevos Estados nacidos de la descolonización consiste en que su Constitución no sea creación ni se fundamente en un orden jurídico distinto.

Desde un punto de vista formal, las Constituciones pueden ser originarias o derivadas, según inauguren nuevas fórmulas o repitan las de anteriores Constituciones que les sirven de modelo. Son pocas las originarias y la mayoría son derivadas en todo o en parte de uno o varios textos originarios. El fenómeno de la recepción constitucional es una de las grandes tareas del Derecho Constitucional comparado.

Javier Conde distinguió tres órdenes en la convivencia política: el orden por dominación, propio de la relación entre gobernantes y gobernados; el orden por concurrencia, propio de la coexistencia de esferas de libertad; y el orden por comunión, que transforma la mera asociación en comunidad. La Constitución formaliza los tres. El orden por dominación en la parte orgánica, que establece las instituciones y las relaciones entre ellas. El orden por concurrencia en la parte dogmática, que enuncia derechos y libertades, metas y límites al poder y garantías para la efectividad de todos ellos. Los derechos y libertades e incluso las garantías institucionales no son meros derechos subjetivos sino valores que inspiran todo el edificio constitucional. Esa fue la gran aportación de Rudolf Smend a la doctrina.

La Constitución formaliza la vida política, esto es, la encauza y disciplina, pero no la sustituye. Puede y debe establecer quién manda, hasta dónde manda, e incluso para qué se manda, pero no lo que se manda, que en cada ocasión corresponde decidir a las instituciones constitucionales creadas al efecto. Lo contrario, atribuir a la Constitución lo que solo la política de cada día debe llevar a cabo, es un caso de «magia» constitucional.

En el contenido objetivo de la Constitución la doctrina distingue, a partir de Carl Schmitt, dos grandes categorías: la Constitución positiva (o sustantiva o sustancial), y las leyes de la Constitución o normaciones legales constitucionales. La Constitución positiva es la opción existencial sobre el modo y la forma de vida política que la Constitución expresa, y la finalidad (el *telos* en expresión de Löwenstein). A su vez, las leyes de la Constitución regulan aspectos instrumentales e incluso accesorios de la opción existencial. Es claro que en la Constitución española la forma política del Estado y los derechos fundamentales forman parte de la Constitución positiva, mientras que ciertas instituciones (por importantes que sean, como el Consejo de Estado o el Tribunal de Cuentas) son objeto de normaciones legales. La primera no puede ser reformada sin destruir la Constitución y sustituirla por otra. Las segundas pueden ser modificadas por los procedimientos establecidos en la propia Constitución.

La doctrina ha distinguido a este respecto entre Constituciones pétreas, esto es, irreformables; rígidas, reformables por determinados procedimientos, y flexibles, ilimitadamente modificables. Así la Constitución

positiva debería calificarse de pétrea, y por su parte las Constituciones supuestamente flexibles nunca lo son ilimitadamente. La más flexible de todas, la británica, que la soberanía del Parlamento puede modificar en su totalidad, no podría en la práctica cambiar la Monarquía en una República soviética. El ejemplo es de Carl Schmitt. La jurisprudencia constitucional comparada, desde la americana a la india, ha decantado la categoría de «estructura constitucional básica» o en el caso francés los «principios inherentes a la identidad constitucional francesa» (así, el Conseil Constitutionnel desde 1958).

Los preceptos de la Constitución pueden ser de diferente tenor. La doctrina los ha enunciado y clasificado con abundancia (Klaus Stern). Creo que todo depende de su formulación lingüística en su propio texto constitucional.

Si partimos de la distinción entre el lenguaje descriptivo, que tiende a registrar y comunicar hechos, y el lenguaje dinámico, que sirve para crear estados de ánimo (poesía) o incitar la conducta de terceros, es evidente que el lenguaje jurídico pertenece a esta última categoría. Ahora bien, dentro de los lenguajes dinámicos e incluso de los formulados en términos jurídicos, cabe distinguir entre prescriptivos, institucionales y catárticos. Los primeros exigen o prohíben una determinada conducta y, a su vez, pueden ser ya normativos, ya no normativos, como las indicaciones y las valoraciones. Los institucionales establecen, organizan y regulan una institución, esto es, un haz de relaciones jurídicas jerarquizadas y orientadas al cumplimiento de un fin. Y los catárticos, en fin, expresan los estados de ánimo propios del legislador, como es el caso de las interjecciones, pero que pueden también tanto regular y justificar la propia conducta, como influir en la de un tercero.

En general, puede decirse que la parte dogmática de la Constitución se expresa en lenguaje de tipo prescriptivo en la formulación de los derechos fundamentales, y valorativo, como es el caso de la mayoría de los principios rectores que señalan como deseable una determinada meta cuya consecución no se regula a través de normas técnicas, sino que se limita a los denominados mandatos constitucionales. La parte orgánica, por el contrario, suele formularse en lenguaje de tipo prescriptivo e institucional. Pero en una y otra hay proposiciones manifiestamente catárticas, esto es, que pretenden tan solo expresar el estado de ánimo del constituyente dando más énfasis a sus disposiciones prescriptivas e institucionales.

A primera vista puede parecer contradictorio considerar las proposiciones catárticas como un subgénero del lenguaje jurídico. Pero el Derecho, especialmente el Derecho público, no solo establece relaciones jurídicas, atribuye derechos y prohíbe conductas. Sabemos que es organización antes que otra cosa, que su *telos* es la integración, y comprobamos que muchas importantes proposiciones jurídicas contienen lo que Stevenson denominó «el áurea inmediata de sentimiento que se cierne en torno a las palabras», sin la cual la propia palabra y la organización que establece o las conductas que exige carecen de sentido. Como dice un agudo analista polaco, Winczoreck, al referirse al importante preámbulo de su Constitución, este expresa tanto ideas como sentimientos y emociones, y tiene también una función pedagógica y autoidentificatoria del Estado. Tal es el caso de las referencias históricas y religiosas de las Constituciones musulmanas y de numerosas naciones cristianas, católicas (v.gr. Irlanda y la propia Polonia), o también ortodoxas (v.gr. Grecia). Por lo tanto, este tipo de proposiciones no deben excluirse del discurso jurídico reduciéndolas a la retórica política.

BIBLIOGRAFÍA

Además de los clásicos que se citan en el texto, véase el número monográfico de la revista *Fundamentos. Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, 6 (2000), bajo el epígrafe «Conceptos de Constitución».

Miguel Herrero y Rodríguez de Miñón
Académico de Número y Presidente de la
Real Academia de Ciencias Morales y Políticas
Consejero Permanente de Estado
Ponente Constitucional

VER TAMBIÉN: CONSTITUCIÓN NORMATIVA / CONSTITUCIONALISMO HISTÓRICO ESPAÑOL / CONSTITUCIONALISMO MULTINIVEL / DERECHO CONSTITUCIONAL / ESTADO / ESTADO CONSTITUCIONAL / ESTADO DEMOCRÁTICO / JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL / MUTACIÓN CONSTITUCIONAL / PODER CONSTITUYENTE / REFORMA CONSTITUCIONAL

CONSTITUCIÓN EUROPEA (PROYECTO)

Es como se conoce al *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*, un proyecto de modificación de los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y del Tratado de la Unión Europea alumbrado por la *Convención sobre el futuro de Europa* que inició sus trabajos en 2002 y, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004, fracasó en mayo de 2005. Se concibió, en efecto, en las postrimerías de la etapa de mayor optimismo europeísta y terminó en un estrepitoso fracaso tras su rechazo por los referendos de 2005 celebrados el 29 de mayo en Francia y el 1 de junio en los Países Bajos, referendos que pusieron fin al proceso de ratificaciones cuando aún faltaban por pronunciarse (Dinamarca. Portugal, Reino Unido, República Checa y Suecia), incluso alguno por referendo (excluida Suecia y el propio Reino Unido que tenía prevista una consulta no vinculante, todos los pendientes). Ni que decir tiene que a ello siguieron unos años de letargo y confusión sin igual en la historia de la integración europea.

La idea de fondo era la de que había llegado el momento de sustituir el «método comunitario», la Declaración n.º 23 aneja al Tratado de Niza era una especie de confesión sobre los límites de este procedimiento, por un peculiar proceso «constituyente». La idea de una «Constitución europea» había anidado en el imaginario europeísta de influencia federalista durante tiempo. Una concepción que había aceptado siempre como un mal menor el prevalente enfoque funcionalista (David Mitrany) que se impuso desde el principio en el proceso de integración europeo y que, en el mejor de los casos, había sido considerado como un eficaz medio transitorio que tarde o temprano desembocaría en la necesidad de una definición política del modelo, que no predefinía la aproximación funcionalista, pero que no podía ser otro que un sistema de corte federal.

Este ideario, siempre subyacente, propició, al calor de la elección por sufragio universal directo del Parlamento Europeo a finales de la década de los setenta, la aprobación con muy amplio respaldo de la Cámara del «Proyecto Spinelli» el 14 de febrero de 1984, el *Proyecto de Tratado por el que se establece la Unión Europea*. Esta aprobación por el propio Parlamento Europeo, al margen del procedimiento ordinario de modificación de los Tratados, fue rechazada pronto por los Parlamentos nacionales. Suele decirse que, pese a su fracaso, el Proyecto Spinelli fomentó los avances del Acta Única Europea y el Tratado de Maastricht por el que se creó la Unión Europea. Es una opinión. La idea siguió presente sobre todo en el Parlamento Europeo que adoptó de nuevo una *Resolución sobre la Constitución de la Unión* el 10 de febrero de 1993, ya con menos entusiasmo (Debates del Parlamento, núm. A3-0064/94, *DOCE, N° C 61 de 28.2.94)*. Una propuesta que, aunque solo pretendía iniciar el procedimiento ordinario de revisión, fue desatentamente ignorada por el Consejo Europeo en su reunión de Bruselas los días 10 y 11 de diciembre de 1993.

Más allá de estas iniciativas parlamentarias, la dinámica jurídica del proceso europeo, la consolidación del mercado interior y los avances en la Unión Económica y Monetaria, la extensión competencial, en particular la vinculada al espacio de libertad, seguridad y justicia abierta por el Tratado de Ámsterdam y, hasta en cierto

sentido, una doctrina ampliamente convencida de haber trascendido el estadio «internacional» del proceso de integración europeo, colaboró en esta deriva del proceso hacia una aspiración constitucional. La tendencia venía además muy animada no solo por la jurisprudencia del TJCE que alejaba este Derecho del espacio jurídico internacional subrayando su «autonomía», sino muy especialmente por su afamada sentencia de 23 de abril de 1986, Asunto 294/3, *Les Verts*, donde calificó al Tratado constitutivo de la CE de «carta constitucional fundamental» (apartado 23). Un breve repaso de la literatura jurídico-política del último lustro de los noventa deja inmediatamente claro qué difícil resultaba escapar a tan extendida opinión, casi una especie de verdad revelada cuyo simple cuestionamiento merecía una seria reprobación. A este serio convencimiento jurídico, le siguió un equivalente entusiasmo político institucional.

El optimismo que se respiraba en el Consejo Europeo en su reunión de Laeken los días 14 y 15 de diciembre de 2001 hizo el resto. Adoptada ya la moneda única que entraría en vigor en días, prácticamente resuelta la gran ampliación a la República Checa, Estonia, Chipre, Letonia, Lituania, Hungría, Malta, Polonia, Eslovenia y Eslovaquia (que se firmarían el 16 de abril de 2003) y encarriladas las adhesiones de la República de Bulgaria y de Rumania (25 de abril de 2005), el Consejo Europeo quiso dotar al proceso de «nuevos impulsos para reforzar la dinámica de su integración». Los grandes problemas pendientes se abordaron, bajo la idea algo deformada por el exceso de confianza, desde la convicción absoluta de que «la Unión Europea es un éxito», de que «es inminente la unificación de Europa» que «junto a América del Norte y el Japón (…) es una de las tres regiones más prósperas de nuestro planeta». «Por fin Europa –concluía– está en camino de convertirse en una gran familia. Una mutación que, por supuesto exige un enfoque diferente». Estos fueron los extremados fundamentos de la *Declaración de Laeken sobre el futuro de la Unión Europea* (Anexo I de las conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Laeken). Entre ellos destacó la convocatoria de una *Convención* que presidiría el Sr. Giscard D'Estaing. Se abrió aquel extraño «proceso constituyente» en un espacio jurídico internacional ajeno a los medios estatales donde se han producido los procesos constitucionales que conocemos y, más pronto que tarde, empezaron a aparecer elementos desconocidos en un proceso constituyente claramente perturbadores.

Los denodados esfuerzos por trascender el procedimiento ordinario de reforma de los Tratados lastraron el proceso desde su inicio. El primer condicionante era que, gustase o no, la modificación que propusiera la *Convención* debía trasladarse a un tratado de enmienda o modificación que requería la unanimidad de ratificaciones para su entrada en vigor. La unificación de los pilares (Mercado interior y Unión Económica, Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia y Política Exterior y de Seguridad Común) no pasó de un artificio formal de escaso contenido real. La opción por un mejor reparto y definición de las competencias iba, inevitablemente, acompañado de reservas por parte de los Estados miembros que se traducían en exclusiones absolutas (Política Exterior y de Seguridad Común), procedimientos legislativos diferenciados (ciertos aspectos del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia) y sistemas de control de la subsidiariedad (modelos de intervención de los Parlamentos nacionales) y hasta exclusiones por países. La introducción de la Carta de Derechos Fundamentales (parte II del Tratado), que no creaba competencia alguna ni

podía ir más allá de lo previsto en el resto del Tratado y restringida su aplicación al ámbito del Derecho de la UE, estaba muy lejos de la aspiración de una declaración dogmática de una Constitución. Más allá de que pudiera contener el germen de un auténtico proceso constitucional, lo cierto es que no encontró el indispensable soporte popular ni su abandono (textualmente afirmado por el Consejo Europeo de 21 y 22 de junio de 2007) demasiadas resistencias políticas. A pesar de haber eliminado cualquier rastro de retórica constitucional, es una opinión muy extendida que el Tratado de Lisboa recuperó buena parte de los avances acordados en la Constitución Europea. Lo que perdió en todo caso fue el alma.

BIBLIOGRAFÍA

AMATO, G.; BRIBOSIA, H.; DE WITTE, B., coords.: *Genèse et destinée de la Constitution européenne: commentaire du traité établissant une Constitution pour l'Europe à la lumière des travaux préparatoires et perspectives d'avenir*. Bruxelles: Bruylant, 2007.

CONSTANTINESCO, V.; GAUTIER, Y.; MICHEL, V., coords.: *Le Traité établissant une Constitution pour l'Europe: analyses et commentaires*. Strasbourg: Presses Universitaires de Strasbourg, 2005.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., dir.: *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*. Seminario internacional organizado por el Colegio Libre de Eméritos en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, en Madrid, los días 6-8 de noviembre de 2001. Madrid: Civitas, 2002.

MITRANI, D.: «The prospects of integration: federal or functional», en *Journal of Common Market Studies*, 4 (1962).

PERNICE, I.; ZEMÁNEK, J., eds.: *A Constitution for Europe: The IGC, the ratification process and beyond*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2005.

Diego LIÑÁN NOGUERAS
Catedrático de Derecho Internacional Público
Universidad de Granada

VER TAMBIÉN: ACERVO DE LA UE / BREXIT / COMISIÓN EUROPEA / INTEGRACIÓN EUROPEA / PARLAMENTO EUROPEO / POLÍTICA EXTERIOR Y DE SEGURIDAD DE LA UE / TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UE / UNIÓN EUROPEA

CONSTITUCIÓN NORMATIVA

La expresión «Constitución normativa» responde a la nueva funcionalidad y eficacia jurídica del texto constitucional que, a partir de mediados del siglo XX, de manera generalizada se ha impuesto en todo el constitucionalismo europeo. La Constitución Española de 1978 se adecúa a la concepción racional-normativa de las Constituciones europeas de posguerra, que, no oponiéndose necesariamente a otras posibles explicaciones conceptuales de carácter histórico, político o sociológico, viene a complementarlas e, incluso, a modularlas.

La Constitución normativa no es ya solo la regulación de la organización y funciones de los poderes públicos y de un conjunto de derechos y libertades, siguiendo la estela de la inicial declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, sino que, al afirmarse ahora que esa regulación vincula y obliga a todos, tanto a los ciudadanos como a los poderes públicos, sin excepción, se reconoce también –aun cuando lo sea con mayor o menor intensidad y alcance, según los casos– que es una norma cualitativamente distinta a las demás. Desde esta perspectiva jurídica, se ha consolidado el concepto de Constitución que alumbró el constitucionalismo norteamericano, al proclamar su condición de norma superior del ordenamiento jurídico directamente aplicable por jueces y tribunales.

El valor normativo de la Constitución Española de 1978 fue rápidamente destacado por la doctrina y, sobre todo, proclamado por el Tribunal Constitucional, al corregir de manera firme y decidida algunos pronunciamientos iniciales del Poder Judicial y, muy destacadamente, del Tribunal Supremo. Desde el primer momento, diversas sentencias constitucionales afirmaron rotundamente que «conviene no olvidar nunca que la Constitución, lejos de ser un mero catálogo de principios de no inmediata vinculación y de no inmediato cumplimiento hasta que sean objeto de desarrollo por vía legal, es una norma jurídica, la norma suprema de nuestro ordenamiento, y en cuanto tal, tanto los ciudadanos como todos los poderes públicos, y por consiguiente también los jueces y magistrados integrantes del Poder Judicial, están sujetos a ella (arts. 9.1 y 117.1 CE)» (STC 16/1982 y, poco más tarde, STC 80/1982). De este modo, quedó definitivamente superada la concepción vigente durante todo el siglo XIX de que, en realidad, la Constitución no pasaba de ser sino una mera declaración programática necesitada del correspondiente desarrollo legislativo, máxime al no existir mecanismos suficientes para garantizar el sometimiento de la ley a la Constitución.

A partir de estos primeros pronunciamientos y hasta hoy mismo, ha quedado confirmado el indubitable valor normativo de la Constitución y, sobre todo, su condición de norma superior del ordenamiento jurídico que, además, resulta directamente aplicable por jueces y tribunales. Y por ello mismo, también ha quedado reconocida su fuerza derogatoria de cualquier otra norma que la contradiga, dada su condición de norma vinculante para todos, sin excepción, incluido el Poder Legislativo. No otro es, en lo esencial, el significado de la expresión Constitución normativa.

La fuerza normativa superior de la Constitución *(lex superior),* que impone una

limitación a la «soberanía parlamentaria» y, por tanto, liquida la correlativa inmunidad judicial de la ley, responde a la propia concepción democrática de que el pueblo decide por sí mismo el establecimiento de la estructura básica del orden político y los ámbitos de libertad y de participación política que se reserva. Una decisión que se plasma y concreta en la Constitución, fruto de la autodeterminación política y del pacto social, y que por ello mismo es la fuente originaria, a la vez que límite, del poder que ejercen sus representantes.

En suma, la Constitución normativa confirma definitivamente su significado primario y esencial como norma que el pueblo soberano, como poder constituyente, se da a sí mismo y cuyos valores y principios se imponen, siempre y en todo caso, a quienes, por delegación, y en su condición de poderes constituidos, ejercen en cada momento el poder que la misma crea y constituye.

Ahora bien, el reconocimiento del valor normativo de la Constitución no supone que sus preceptos desplieguen siempre similar eficacia, o, dicho en otros términos, que la vinculación a los mismos por parte de los poderes públicos sea en todos los casos idéntica. Se trata de una precisión necesaria a fin de evitar cualquier equívoco. La Constitución, ciertamente, es la norma suprema o superior del ordenamiento, pero tal cualidad no conlleva la consecuencia de que todas sus previsiones sean aplicables por jueces y tribunales de la misma manera y con igual alcance, al margen o sin necesidad de la intermediación de la ley. Y es que, bien por razón de la peculiaridad de su naturaleza, o sencillamente por el propio tenor literal de su estructura, su eficacia varía, presentando distinta intensidad. La jurisprudencia constitucional lo ha destacado en muy diversas ocasiones, al recordar, por ejemplo, que los principios reconocidos en el capítulo tercero del título I de la Constitución de 1978 (arts. 39 a 52) «no generan por sí mismos derechos judicialmente actuables», lo que, sin embargo, no es óbice para que tales principios «orienten la acción de los poderes públicos», ya que, «al margen de su mayor o menor generalidad de contenido, enuncian proposiciones vinculantes en términos que se desprenden inequívocamente de los artículos 9 y 53 CE» (STC 15/1982; y, asimismo, entre otras muchas más, SSTC 19/1982, 45/1989, o 14/1992).

El valor jurídico de la Constitución se concreta, por tanto, en su condición de norma suprema del ordenamiento y fuente misma de todas las demás. Esa condición explica que, a fin de garantizar su estabilidad y permanencia, ella misma se dote de una especial rigidez al prever formas y procedimientos especiales para proceder a su reforma o modificación. A diferencia de las leyes, en las que los cambios o sustitución por otras se someten sin más del principio democrático de la mayoría, la reforma de la Constitución requiere la observancia de especiales exigencias procedimentales, de un *quórum* de aprobación reforzado y, en la mayoría de las ocasiones, de la decisión también del pueblo expresada a través del correspondiente referéndum (lo que se denomina «superlegalidad formal» de la Constitución). Y explica, asimismo, la preeminencia de sus prescripciones, principios y valores, de manera que cualesquiera otras normas solo serán válidas si no los contradicen (ahora «superlegalidad material»).

La garantía última de la Constitución normativa descansa en los jueces y tribunales. Todos los jueces y tribunales que integran el Poder Judicial son, en efecto, jueces constitucionales, en tanto que han de resolver las controversias de las que

conocen con sujeción a los mandatos y valores constitucionales. Pero ello no es impedimento para que, además, tal como sucede mayoritariamente en el constitucionalismo europeo, la propia Constitución pueda prever la existencia de un órgano específico encargado, sobre todo, de su defensa frente al legislador. Tal es el caso de la vigente Constitución Española, que atribuye de manera exclusiva al Tribunal Constitucional la facultad de declarar nulas y, por tanto, expulsar del ordenamiento a cualesquiera leyes contrarias u opuestas a la misma.

En definitiva, es desde su condición de norma jurídica cómo la Constitución adquiere su significado más pleno. La Constitución normativa pasa a ser el basamento de todo el ordenamiento jurídico, de su unidad y coherencia, siempre presidido e inspirado en su interpretación y aplicación por los principios y valores constitucionales.

BIBLIOGRAFÍA

García de Enterría, E.: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 1981

— *La Constitución Española de 1978 como pacto social y como norma jurídica*. Madrid: INAP, 2003.

Muñoz Machado, S.: *Constitución*. Madrid: Iustel, 2004.

— *Vieja y nueva Constitución*. Barcelona: Crítica, 2016.

Nieto García, A.: «Peculiaridades de la norma constitucional», en *Revista de Administración Pública*, 100-102, (1983).

Rubio Llorente, F.: *La forma del poder (estudios sobre la Constitución)*, CEC, Madrid, 1993 (Primera parte: «Poder constituyente y Constitución»).

Tomás y Valiente, F.: *Constitución: escritos de introducción histórica*. Madrid: Marcial Pons, 1996, y en *Obras Completas*, vol. III, Madrid: CEPC, 1997.

Germán Fernández Farreres
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad Complutense

VER TAMBIÉN: CONSTITUCIÓN / CONSTITUCIONALISMO HISTÓRICO ESPAÑOL / CONSTITUCIONALISMO MULTINIVEL / DERECHO CONSTITUCIONAL / ESTADO / ESTADO CONSTITUCIONAL / ESTADO DEMOCRÁTICO / JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL / MUTACIÓN CONSTITUCIONAL / PODER CONSTITUYENTE / REFORMA CONSTITUCIONAL

CONSTITUCIONALISMO HISTÓRICO ESPAÑOL

El constitucionalismo, como movimiento orientado a limitar el ejercicio del poder estatal a favor de las libertades subjetivas, irrumpe en nuestro país con la Ilustración. Así, durante el siglo XVIII ya se redactaron en España algunos proyectos constitucionales. El primero de ellos fue obra de Manuel de Aguirre, diseñado en 1786 y concebido como una especie de pacto social, en el que solo se articulaba de forma muy esquemática la organización del Estado. Al proyecto de Manuel de Aguirre siguió otro más detallado, obra del ilustrado radical León de Arroyal (1794-1795) y claramente inspirado en el constitucionalismo revolucionario francés. El proyecto constitucional de Arroyal marcaría dos de las pautas que luego se mantendrían por el liberalismo progresista a lo largo del siglo XIX: la idea del Parlamento como centro político del Estado y la descentralización territorial. Sin embargo, el absolutismo imperante en España obligó a esperar a una contingencia política, la Guerra de la Independencia (1808-1814), para que se diera la coyuntura que permitiese aprobar una Constitución.

La primera Constitución española fue el Estatuto de Bayona de 1808, una Carta otorgada por Napoleón, erigido en soberano español a raíz de las renuncias de Bayona (5 de mayo de 1808). Aunque seguía la pauta de otras Constituciones concedidas a Holanda, Westfalia y Nápoles, en su redacción consultó a una Junta de Notables e introdujo algunos elementos con arraigo en España, como el catolicismo o la regulación de los territorios ultramarinos. El modelo final establecía un sistema autoritario, en el que el Rey era el motor político del Estado, aunque compartiendo su poder con unas Cortes estamentales, un Senado (órgano no legislativo que garantizaba la Constitución) y un Consejo de Estado (asesor del Rey).

El sector patriota –opuesto a la dinastía Bonaparte– se negó a aceptar el Estatuto de Bayona y diseñó su propio texto constitucional. Ya en 1809, el asturiano Álvaro Flórez Estrada había redactado su propia propuesta constitucional, un texto radical y descentralizado en la línea del documento de León de Arroyal; sin embargo, serían las Cortes de Cádiz las que elaborasen el primer texto constitucional español emanado de la soberanía nacional. Aprobada el 19 de marzo de 1812, la Constitución de Cádiz confería a las Cortes el papel de órgano superior del Estado, al ser las representantes de la Nación, considerada como soberana. Obra de proyección universal, esta Constitución fue traducida al inglés, francés, portugués, italiano, alemán y ruso. A pesar de ello, al concluir la Guerra de la Independencia (1814) Fernando VII retornó a España y derogó la Constitución de Cádiz.

Esta volvió a ponerse en planta entre 1820 y 1823, en el conocido como Trienio Liberal o Constitucional, surgido a raíz del pronunciamiento en Cabezas de San Juan del general asturiano Rafael del Riego. Como consecuencia de ese pronunciamiento, Fernando VII se vio obligado a jurar aquella Constitución que tanto denostaba, y a sujetarse a su aplicación durante tres años, derogándola en 1823 gracias a la intervención militar de la Santa Alianza.

El constitucionalismo español fue silenciado hasta 1833, fecha en la que falleció Fernando VII. El inicio de las guerras carlistas obligó entonces a la regente María

Cristina a pactar con los liberales moderados para que apoyaran su causa, lo que le obligó como contrapartida a admitir de nuevo el constitucionalismo, otorgando en 1834 el llamado Estatuto Real, obra de Francisco Martínez de la Rosa. El texto tenía una estructura distinta a la de las anteriores y posteriores Constituciones que vieron la luz en España: apenas regulaba la organización de las Cortes y su relación con el Rey, descuidando otros aspectos como los derechos individuales.

Los liberales progresistas nunca vieron con agrado el Estatuto Real, de modo que en 1836, tras el Motín de La Granja, intentaron restaurar la Constitución de Cádiz, aunque acto seguido promovieron su reforma para dar lugar a un nuevo texto, la Constitución de 1837; en realidad, una Constitución transaccional, en la que principios progresistas (como la soberanía nacional y el reconocimiento expreso de derechos individuales) compartieron espacio con otros caros al moderantismo (como la estructura bicameral de las Cortes).

Tras la caída de Espartero (que se había erigido en regente en 1840), los moderados lograron la sustitución de la Constitución de 1837 por un nuevo texto constitucional, el de 1845, entre cuyos artífices intelectuales contó con Donoso Cortés. La Constitución de 1845 ponía fin al principio de soberanía nacional que habían establecido las Constituciones progresistas de 1812 y 1837 y lo sustituía por una construcción muy característica del constitucionalismo español del XIX: la idea de soberanía compartida entre la Reina y las Cortes. Por otra parte, se potenció la figura del Rey, permitiéndole una intervención más intensa sobre las Cortes, a las que reunía y disolvía, pero cuyos componentes también decidía al escoger a todos los senadores.

La Constitución de 1845 trató infructuosamente de ser sustituida en 1854-1856 por una Constitución progresista que, sin embargo, no llegaría a entrar en vigor, por lo que fue conocida como *non nata*. El final definitivo le llegaría, sin embargo, gracias a la Revolución de 1868, auspiciada por el general Prim y que obligó a Isabel II a abdicar, siendo sustituida por Amadeo I de Saboya. Las nuevas Cortes aprobaron en 1869 una Constitución progresista que retomaba el dogma de la soberanía popular, incluía una extensa tabla de derechos, superior a cualquiera otra que se hubiera establecido en las Constituciones previas y fijaba la libertad de cultos, que nunca antes se había reconocido en España.

Las dificultades que los partidos políticos pusieron al reinado de Amadeo I acabaron con la renuncia del Rey y la elaboración de una nueva Constitución republicana y federal, la de 1873, que sin embargo no llegó a aprobarse, debido a la inestabilidad política. Habría que esperar a 1876 para ver cómo, tras el pronunciamiento del general Martínez Campos en 1874, se restableciese la Monarquía con Alfonso XII al frente, dando lugar al período denominado como la Restauración. En ella, una Comisión constitucional aprobó una nueva Constitución, la de 1876, cuyo principal autor intelectual fue Cánovas del Castillo. Igual que la de 1845, la Constitución de 1876 se basaba en el dogma de la soberanía compartida entre el Rey y las Cortes, y una de sus principales características fue la de incluir constantes remisiones a la ley, lo que posibilitó un régimen turnista de partidos que ejecutase sus políticas al amparo del texto.

La Constitución de la Restauración fue la más longeva de nuestra historia constitucional, aunque en 1929, durante la dictadura de Primo de Rivera, intentó sustituirse por otra de signo muy distinto que incorporaba por vez primera al-

gunos elementos propios del Estado social. No sería, sin embargo, hasta 1931 cuando la Constitución de 1876 quedase sustituida por la Constitución republicana, que supuso una ruptura radical con el constitucionalismo español del siglo XIX e incorporó en nuestro país las novedades del llamado «constitucionalismo de entreguerras»: no solo fue la primera Constitución que tuvo el carácter de auténticamente suprema a las leyes, sino que con este fin creó la figura del Tribunal de Garantías Constitucionales. Por otra parte, por vez primera reconoció el sufragio verdaderamente universal y estableció un modelo de alta descentralización regional, conocido como «Estado integral».

Un modelo que incidiría intensamente en el proceso constituyente de 1978 cuando, tras la dictadura del general Franco, el período denominado como «Transición Política» permitió la vuelta en España del régimen constitucional. La Constitución de 1978 no solo puso fin a las Leyes Fundamentales franquistas, sino que además incorporó España a la modernidad democrática, incluyendo en su articulado una amplia descentralización política y un Estado social avanzado; todo ello al amparo de un texto consensuado, que permite diversas políticas en su seno, y que posibilita una reforma total de su contenido, lo que la sitúa a la vanguardia de las Constituciones europeas.

BIBLIOGRAFÍA

Artola Gallego, M.: *Las Constituciones españolas*. Madrid: Iustel, 2007-2010, 9 vols.

Sánchez Agesta, L.: *Historia del constitucionalismo español*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

Tomás Villarroya, J.: *Breve historia del constitucionalismo español*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.

Varela Suanzes-Carpegna, J.: *Política y Constitución en España (1808-1978)*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.

— *Historia constitucional de España. Normas, instituciones, doctrinas*. Madrid: Marcial Pons, 2018.

Ignacio Fernández Sarasola
Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universidad de Oviedo

VER TAMBIÉN: CONSTITUCIÓN / CONSTITUCIÓN NORMATIVA / CONSTITUCIONALISMO MULTINIVEL / DERECHO CONSTITUCIONAL / ESTADO / ESTADO CONSTITUCIONAL / ESTADO DEMOCRÁTICO / JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL / MUTACIÓN CONSTITUCIONAL / NACIÓN ESPAÑOLA / PODER CONSTITUYENTE / REFORMA CONSTITUCIONAL / TRANSICIÓN DEMOCRÁTICA

CONSTITUCIONALISMO MULTINIVEL

La creación del Derecho desde un centro dirigente con intención de planificar y regular de forma consciente y sistemática la vida de una comunidad política es uno de los rasgos principales que permite identificar la aparición como forma política del Estado; desde ese momento, este término y el de ordenamiento jurídico quedan inescindiblemente unidos, al punto que Kelsen afirmaba que todo Estado, por el hecho de serlo, tiene un ordenamiento jurídico, a cuya cabeza se sitúa una norma que se denomina Constitución.

Durante varios siglos, la regulación de órganos, instituciones, derechos, garantías y cualquier tipo de relación social debía atender exclusivamente al ordenamiento estatal. Solo en contadas ocasiones había que acudir a un conjunto de normas derivadas de la vertiente externa de la soberanía estatal, esto es, al Derecho Internacional, y lo mismo sucedía con el principal ordenamiento privado: el Derecho Canónico. No obstante, avanzado el siglo XX, comienza a ser evidente que, cada vez con más frecuencia, la regulación de las relaciones públicas y privadas necesita acudir a otros ordenamientos con los que el estatal interactúa. La multiplicación de estos ordenamientos y la frecuencia de recurrir a la colaboración entre alguno de ellos y el estatal explica la aparición de las teorías multinivel, para tratar de aclarar la enorme complejidad de ordenamientos jurídicos que interactúan sin ser federales, es decir, de sistemas jurídicos integrados por subsistemas. En el constitucionalismo multinivel la interactuación entre ordenamientos jurídicos se produce en el ámbito legislativo, ejecutivo y jurisdiccional.

La doctrina jurídica española ha sido renuente, en principio, a recibir estas teorías, con excepción, quizá, primero de los teóricos del Derecho y, posteriormente, de los estudiosos del Derecho de la Unión Europea que vieron en el constitucionalismo multinivel una explicación a la intrincada naturaleza jurídica de la integración europea, fruto de la confluencia, siempre difícil, entre el Derecho Internacional y el Derecho Constitucional.

Quizá fue Ingolf Pernice quien más claramente desarrolló esta teoría como explicación a la interactuación entre los ordenamientos comunitario y estatal que desembocaría en una europeización de las Constituciones de los Estados, por ejemplo, las cláusulas de integración, y una constitucionalización del Derecho de la Unión por obra de las normas fundamentales de los Estados. Afirmaba, además, que no hacía falta una Constitución formal para Europa porque ya existía una multinivel integrada por las Constituciones de los Estados miembros y el *corpus* constitucional de los tratados comunitarios. Hay que convenir con Balaguer que no se puede aceptar la idea de una interacción unidireccional basada en la transferencia de legitimación entre los niveles estatales y el europeo antes del Tratado de Lisboa. La interacción genera incrementos de legitimación en unos niveles y pérdidas en otros.

Sin duda, el ejemplo más aceptado de constitucionalismo multinivel se produce en la integración europea, aunque aquí se prefiere una explicación de orientación federal (debido a la intensidad de la integración alcanzada). No obstante, su éxito generalizado deriva de la efectiva y profunda interacción entre ordenamien-

tos, lo que se encuadraría plenamente en las teorías multinivel. Así, la interacción legislativa es intensa y extensa, como demuestra Freixes; abarca la cooperación entre el Parlamento europeo y los estatales e incipiente y asimétricamente respecto a los Parlamentos de los entes regionales (lo que resulta imprescindible si se quiere mantener la autonomía política en los Estados compuestos). El mecanismo de alerta temprana es su última y más clara manifestación. La política macroeconómica y fiscal obliga a una interacción cada vez mayor entre la Comisión y los Ejecutivos y Parlamentos de los Estados miembros. El diálogo entre el Tribunal de Justicia de la Unión y los Tribunales Constitucionales ha conocido de destacados episodios, que hoy son menores que mañana; y qué decir de la interactuación entre las jurisdicciones ordinarias estatales y la comunitaria o de la aplicación por los primeros de la legislación de la Unión.

La expresión constitucionalismo multinivel ha tenido también un gran éxito en la doctrina constitucional para referirse a la pluralidad de instancias que garantizan los derechos fundamentales. Lo que en el caso español se ha visto favorecido por el empleo por el art. 10.2 CE de la técnica del reenvío, que es una de las empleadas por la teoría multinivel (con los principios de proporcionalidad y subsidiariedad, además de los clásicos), aunque aquí se estima, en sintonía con la jurisprudencia constitucional, que nuestro precepto constitucional se debe emplear como criterio hermenéutico y no como reenvío de incorporación, aunque solo fuera por exigencias de la soberanía popular. También se defiende, de nuevo en sintonía con Balaguer, que la centralidad estatal se mantiene, a pesar de la pluralidad de instancias garantistas.

El principal problema del constitucionalismo multinivel radica en el propio término de la teoría. Apelar a la Constitución supone pervertirla, al menos, en su concepción liberal, al reconocer ordenamientos que no tienen la debida legitimación de origen y de ejercicio, porque no diferencian entre poder constituyente y constituido ni configuran normas jurídicas abiertas que permitan el pluralismo político y, consecuentemente, el ejercicio por los ciudadanos de su soberanía a través del principio democrático.

No obstante, es bastante probable que el futuro pertenezca al constitucionalismo multinivel, debido a que cada vez hay más ordenamientos, tanto públicos como privados, que interactúan con los estatales; incluso, en numerosas ocasiones, aquellos son más poderosos que éstos. En sostén de esta predicción no está solo este argumento, sino que hay otro que tiene todavía más fortaleza, en concreto, la inescindible vinculación entre globalización y constitucionalismo multinivel, que es precisamente el ámbito donde más éxito han tenido las tesis multinivel fuera de España. Esta relación supone un auténtico embate no solo al principio democrático, sino al conjunto de la Constitución racional normativa; y la forma de reducir sus consecuencias negativas ocupa a buena parte de la doctrina mundial.

Pernice, en una de sus últimas publicaciones, aventura una Constitución global, resultante de la interacción entre los ordenamientos surgidos de las principales integraciones económicas que hay en el mundo. Esta problemática ha sido afrontada en España en el libro *Constitucionalizando la Globalización*, aunque sin acudir a las teorías multinivel. En concreto, se defiende que la globalización presenta una vertiente bilateral y otra multilateral.

La bilateral ha dado lugar a la creación de cuatro tipos de integraciones según su intensidad: Zona de libre comercio (ZLC), Unión aduanera (UA), Mercado común (MC) y Unidad económica y monetaria supraestatal (UEMS). En cuanto una UA se dirige al tipo MC hay ya una interacción entre el ejecutivo, legislativo y judicial de la integración con los homónimos poderes estatales de los Estados miembros, aunque también hay cierta interactuación en el ámbito ejecutivo desde que se constituye una ZLC. A mayor integración, según se pasa de un tipo a otro, se incrementa la interacción y los problemas para la Constitución liberal. Estos embates se redoblan en la segunda fase de las integraciones, esto es, cuando una de éstas firma con un tercer Estado o con otra integración. La dimensión del problema se visualiza cuando se tiene presente que la mayor parte de los Estados del mundo están en alguna integración, dominantemente en una ZLC.

En la multilateral, destacan una serie de instituciones que gobiernan la globalización, como, por ejemplo, la Organización Mundial del Comercio (OMC), que se dota de órganos ejecutivos, otros productores de normas y que cuenta, además, con un sistema arbitral de resolución de conflictos; pues bien, cada uno de estos poderes interactúa con los de los Estados e, incluso, con los poderes de los tipos de integración más desarrollados, como es el caso de la UEMS; véase, a modo de ejemplo, el incipiente diálogo entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el sistema de solución de diferencias de la OMC.

BIBLIOGRAFÍA:

Balaguer Callejón, F.: «Constitucionalismo multinivel y derechos fundamentales en la Unión Europea», en *Teoría y Metodología del Derecho. Estudios en Homenaje al profesor Gregorio Peces Barba*. Madrid: Dykinson, 2008, vol. II.

Freixes, T.: «Constitucionalismo multinivel. España y la Unión Europea», en *España constitucional (1978-2018)*. B. Perdás, dir. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2018, vol. III.

García Guerrero, J. L.; Martínez Alarcón, M.ª L.: *Constitucionalizando la Globalización*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019.

Pernice, I.: «Constitutional law implications for a state participating in a process of regional integration. German Constitution and multilevel constitutionalism», en *German Reports on Public Law*. Baden-Baden: Nomos, 1998.

Petersmann, E.-U.: *Multilevel Constitutionalism for Multilevel Governance of Public Goods*. Oxford: Hart Publishing, 2017.

José Luis García Guerrero
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Castilla-La Mancha

VER TAMBIÉN: ACERVO COMUNITARIO / CONSTITUCIÓN / CONSTITUCIÓN EUROPEA / DEMOCRACIA GLOBAL / DERECHO CONSTITUCIONAL / DIÁLOGO DE TRIBUNALES / GLOBALIZACIÓN / NEOCONSTITUCIONALISMO / ORDENAMIENTO JURÍDICO / SOBERANÍA / TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA / UNIÓN EUROPEA

CONTRATO DE TRABAJO

El contrato de trabajo es la institución capital del Derecho del Trabajo, en torno a la cual nace y se desarrolla la disciplina. La elaboración de esta estructura jurídica, que parte de la inadecuación de la regulación civil del arrendamiento de servicios para regular el fenómeno sociológico del trabajo asalariado, constituyó, como ha sido oportunamente señalado, una inteligente operación de política del Derecho, pues si, de una parte, vino a ofrecer un soporte dogmático al desarrollo del Derecho del Trabajo como disciplina jurídica autónoma, de otra, evitó su configuración como un Derecho exclusivamente «de clase».

Aunque con el impulso del Instituto de Reformas Sociales se sucedieron los intentos –proyectos de ley varios– de regulación de la institución, la primera regulación legal española del nuevo contrato se contiene en el «Código del Trabajo», dictado durante la dictadura del general Primo de Rivera (Decreto-Ley de 23 de agosto de 1926). Esta regulación formalmente superó la figura del arrendamiento de servicios (art. 1583 y sigs. CC) para dar carta de naturaleza al contrato de trabajo, pero pecó de pobre y fragmentaria y fue en exceso tributaria del Derecho común. En nuestra historia legislativa es la Ley de Contrato de Trabajo de 1931, aprobada por las Cortes constituyentes de la Segunda República, la que por vez primera lleva a cabo una regulación acabada de la institución, en la que son ya plenamente reconocibles sus elementos caracterizadores: el singular sistema laboral de fuentes, la consideración del trabajador como contratante débil y la consiguiente incisiva limitación de la libertad contractual, el reconocimiento del poder de dirección del empresario y la atención a los intereses de la empresa. La perfección técnica de la Ley republicana hizo que muchos de sus preceptos se mantuviesen *mutatis mutandi* en el texto refundido de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 y que su influencia se extendiera hasta el Estatuto de los Trabajadores, cuyo título I («De la relación individual de trabajo») contiene la regulación vigente de la institución.

En nuestro actual ordenamiento, el contrato de trabajo aparece indirectamente definido en el art. 1.1 del Estatuto de los Trabajadores que determina su ámbito de aplicación por referencia al mismo. De acuerdo con este precepto, en efecto, el Estatuto va a ser de aplicación a los sujetos vinculados por un contrato de trabajo, a saber: «a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos y por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario». Queda de manifiesto en este precepto una de las virtualidades que tradicionalmente ha desempeñado el contrato de trabajo y que, como puede apreciarse, sigue desempeñando: la de servir de centro de imputación normativa del Derecho del Trabajo.

En el art. 1.1 del Estatuto transcrito son reconocibles todos y cada uno de los caracteres o rasgos definitorios del contrato de trabajo, a saber:

– En primer lugar, el *carácter personal de los servicios*. Los servicios objeto del contrato de trabajo deben ser prestados personalmente por el trabajador, tan es así que la jurisprudencia viene entendiendo que la previsión contractual de su sustitución habitual excluiría la laboralidad del contrato (STS, Sala IV, 8-II-2018).

– En segundo lugar, la *voluntariedad*, inherente a la idea misma de contrato. El trabajo objeto del contrato de trabajo es un trabajo libremente prestado y el trabajador que lo suscribe y ejecuta ejerce al hacerlo la libertad de trabajo que tiene constitucionalmente garantizada (art. 35.2 CE). Por tanto, todas aquellas prestaciones de servicio impuestas, como las prestadas en privación de libertad, el servicio militar obligatorio o los trabajos de colaboración social, quedan fuera del ordenamiento laboral.
– En tercer lugar, la *retribución*. Los servicios objeto del contrato de trabajo los presta el trabajador a cambio de la retribución o salario que se obliga a pagar el empresario. Sin retribución no hay, pues, contrato de trabajo; por ello quedan excluidos del ámbito laboral los trabajos amistosos, benévolos o de buena vecindad y los trabajos familiares, cuya causa no es la obtención de una contraprestación económica.
– En cuarto lugar, la *dependencia o subordinación*, descrita en el art. 1.1 al requerir que la prestación de servicios objeto del contrato se desarrolle «dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario». El trabajo objeto del contrato de trabajo se presta inserto en la organización empresarial que rige el empresario. Consecuencia de ello, el trabajador está obligado a prestar su trabajo con sometimiento a las órdenes e instrucciones que recibe de aquel o de la persona en quien el empresario delegue.
  La dependencia se manifiesta en la práctica con morfología muy variada, razón por la cual para apreciarla los jueces del trabajo se sirven de una serie de indicios (desempeño personal de la prestación; asistencia al centro o lugar de trabajo; observancia de una jornada laboral y de un horario; exclusividad del servicio; inserción de trabajador en la organización de trabajo del empresario, que se encarga de programar su actividad; ausencia de organización empresarial propia (por todas, STS, Sala IV, de 8-II-2018); así como todos los elementos que revelen el ejercicio de facultades de dirección y/o disciplinarias por parte del empresario, sobre la base de cuya apreciación global llevan a cabo su labor de la calificación contractual. Precisamente, este modo de proceder impresionista ha llevado a la jurisprudencia a flexibilizar su inicial concepción de la dependencia, a la que hoy define como la «situación del trabajador sujeto, aún en forma flexible y no rígida, a la esfera organicista y rectora de la empresa» (STS, Sala IV, 10-IV-2018).
– En quinto lugar, *la ajenidad*, a la que explícitamente alude el Estatuto cuando señala que los servicios se prestan «por cuenta ajena», lo que significa trabajar para otro y por cuenta de otro.
  La doctrina ha elaborado distintas concepciones de la ajenidad que, en su acercamiento al concepto, la jurisprudencia entiende como complementarias y no antagónicas. Las más relevantes son la ajenidad en los frutos que viene a significar que los frutos o resultados del trabajo son desde su producción propiedad del empresario, y la ajenidad en los riesgos con la que se subraya que quien corre con los riesgos de la actividad económica es el empresario y que el trabajador tiene derecho a un salario garantizado.
  También la apreciación de la concurrencia de la ajenidad la hacen los tribunales sobre la base de la valoración global de una panoplia de indicios: la entrega o puesta a disposición del empresario de los productos elaborados

o de los servicios realizados; la adopción por el empresario y no por el trabajador de las decisiones concernientes a las relaciones de mercado o con el público, como la fijación de precios y tarifas, la selección de la clientela, etc.; el montante y el carácter fijo o periódico de la remuneración del trabajo; el cálculo de la retribución o de los principales conceptos de la misma; la ausencia de riesgo y del lucro especial que caracteriza la actividad del empresario o el ejercicio libre de las profesiones (por todas, STS, Sala IV, de 16-XI-2017), así como la aportación o no de medios de trabajo por parte del trabajador y su alcance.

El desarrollo de la tecnología digital y de las nuevas actividades empresariales y prestaciones de servicios que se extienden a su amparo, tal es el caso, a título de ejemplo, de los servicios prestados recurriendo a plataformas digitales, constituye todo un reto para los operadores jurídicos, pues las nuevas realidades no encajan en el tipo contractual y el empeño de algunos por extender sus confines se está haciendo a costa de desfigurar los elementos que lo conforman, hasta el punto de que se corre el riego de que el tipo mismo pierda su capacidad de aprehender la realidad y la virtualidad calificadora que le es propia.

La función principal que hoy desempeña el contrato de trabajo es la de constituir la relación de trabajo a la que van a aplicarse el conjunto de las fuentes que concurren en su regulación (art. 3.1 ET). Dado el peso de las normas imperativas –leyes y convenios colectivos principalmente– que caracteriza al Derecho del Trabajo, el papel que el contrato juega en la regulación de la relación es secundario y reducido: el de complementar y mejorar las regulaciones legal y convencional, a las que en ningún caso puede empeorar o transgredir (art. 3.1 c) ET). No obstante, al socaire de las políticas empresariales de flexibilidad laboral se percibe la tendencia a recurrir al mismo como vía de individualización de la relación de trabajo.

BIBLIOGRAFÍA

Alonso Olea, M.: *Introducción al Derecho del Trabajo*, 6.ª ed. Madrid: Civitas, 2002.

Borrajo Dacruz, E.: *Introducción al Derecho del Trabajo*, 23.ª ed. Madrid: Tecnos, 2014.

Pérez de los Cobos Orihuel, F.: «El trabajo subordinado como tipo contractual», en *Documentación Laboral*, 39 (1993).

Rodríguez Piñero y Bravo Ferrer, M.: «Contrato de trabajo y relación de trabajo», en *Anales de la Universidad Hispalense*, XXVII (1967).

Sala Franco, T.: «Datos para una caracterización material del Derecho del Trabajo», en *Cuadernos de la Cátedra de Derecho del Trabajo*, 0 (1971).

Francisco Pérez de los Cobos Orihuel
Presidente Emérito del Tribunal Constitucional
Catedrático de Derecho del Trabajo
Universidad Complutense

VER TAMBIÉN: CONVENIO COLECTIVO / DERECHO DEL TRABAJO / DERECHOS SOCIALES / DESPIDO LABORAL / ESTADO SOCIAL / HUELGA / JURISDICCIÓN SOCIAL / ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO / **PANDEMIA: PERSPECTIVA LABORAL /** SALARIO / SINDICATOS /

CONTRATOS

El contrato, como categoría y desde una perspectiva dogmática, es una especie del género negocio jurídico, negocio mediante el cual una o varias personas establecen, por su propia voluntad y dentro de las limitaciones legales, relaciones y efectos jurídicos relativos a personas o bienes, *inter vivos* o *mortis causa*, determinando el régimen y contenido de los mismos. El contrato, sabido lo anterior y por regla muy general, sería un negocio jurídico *inter vivos* bilateral, de contenido patrimonial, siendo uno de los conceptos fundamentales del Derecho Civil, del cual la compraventa es especie fundamental, compraventa mediante la cual, a comienzos del XIX, la burguesía triunfante en la Revolución francesa pudo invertir las riquezas, logradas con el comercio, en la adquisición de tierras e inmuebles en general, previamente desamortizados.

En la actualidad y como es lógico, de los contratos en general se ocupa, entre nosotros, el Código Civil español, que data de 1888 y cuya paternidad se imputa, con razón, a Manuel Alonso Martínez. Trata del asunto en los artículos 1254 a 1314, incardinados en los siguientes epígrafes: disposiciones generales; requisitos esenciales –consentimiento, objeto, causa y forma, llegado el caso–, interpretación, rescisión y nulidad, ampliamente entendida. Glosando mínimamente el contenido de los mismos, cabe decir lo siguiente:

Contratar es consentir, que es lo contrario de disentir. Se requiere, pues, una total aceptación de la oferta contractual, ya sea de modo expreso, ya *facta concludentia*, pareciendo consentir quien, recibiendo una oferta, calla, cuando puede y debe hablar, y resultando lo contrario cuando, aun hablando, el destinatario de la oferta formula una contraoferta. Las partes contratantes han de tener discernimiento suficiente, lo cual plantea problemas respecto de los contratos suscritos por menores, por incapacitados o por locos o dementes, intervalos de lucidez al margen. El objeto del contrato –cosas y/o servicios que sean– ha de ser lícito, posible y determinado o determinable, lo cual no impide contratar respecto de cosas o bienes inmateriales futuros. El contrato se ha de corresponder con la finalidad típica o el objetivo marcado como causa para él, resultando, por ello, anómalos, los contratos simulados, en fraude de ley o que persigan, a la postre, un fin contrario a la moral. Por lo que a la forma respecta y en línea de principio rige el principio espiritualista –de cualquier manera que el hombre quiera obligarse, queda obligado–, lo cual no impide que en ocasiones, se requieran, *ad solemnitatem*, documentos o escrituras públicas.

El contrato, aun perfeccionándose por el consentimiento prestado por las partes, suele venir precedido –si es complejo o de importancia económica– por una fase, previa y en ocasiones prolongada en el tiempo, de tratos preliminares, en los que las personas, iniciando una aproximación entre ellas, manifiestan su voluntad de informarse, de discutir respecto de la celebración de un determinado contrato, pudiendo manifestar, después, su voluntad de contratar. Aun no habiendo obligación de contratar, la ruptura injustificada de los tratos puede desencadenar responsabilidad, que algunos gustan llamar precontractual, hablándose, también, de responsabilidad poscon-

tractual, en el caso de que, extinguido el contrato, se revelen datos o informaciones confidenciales conocidas a consecuencia del mismo.

El contrato puede ser instantáneo o prolongar su eficacia en el tiempo, vinculando a los contratantes y a sus herederos, siendo, para los terceros, *res inter alios acta*, lo cual no impide la existencia de contratos a favor de terceros o para persona que se designará. A lo largo de la vida del contrato, entendido como norma, cabe que surjan debates respecto de su sentido y ámbito de aplicación, requiriéndose, entonces, la interpretación del mismo, ya sea esta subjetiva, indagándose el verdadero sentir de los contratantes resultante de sus actos anteriores, simultáneos o posteriores al contrato como acto, ya sea la interpretación objetiva, recurriéndose, entonces, a principios como el de conservación del negocio o a las costumbres o usos de los negocios al respecto.

El contrato se extingue por el transcurso del tiempo pactado o el logro del fin perseguido con él, perdiendo eficacia en caso de nulidad resultante de la falta de uno de sus elementos esenciales o teniéndola claudicante en caso de anulabilidad resultante de vicios del consentimiento contractual, cabiendo, eso sí, la convalidación del contrato nulo y la confirmación del contrato anulable.

Todo ello sabido, hay que decir que, aun partiendo el Código –bienintencionadamente– de la estricta igualdad entre las partes contratantes, pronto se demostró la existencia frecuentísima de una disparidad de fuerzas entre ambas, que, sin control, podía conducir al dominio absoluto de la parte más fuerte, imponiendo sus condiciones a la más débil, que solo podría limitarse a aceptarlas, estampando su firma en un contrato *ad hoc* redactado e impuesto por el estipulante, al que no queda más remedio que adherirse.

Constatada la disparidad de fuerzas y los resultados nocivos a los que esta conducía casi inevitablemente, se prescindió paulatinamente de la tesis de la igualdad entre las partes contratantes, favoreciendo a la parte más débil y reduciendo, para ello, si necesario fuere, el ámbito de la autonomía de la voluntad. Surgen, así, la interpretación *contra stipulatorem*, el control de los contratos con condiciones generales y el elenco de cláusulas abusivas que, figurando en ellos, deben desecharse, lo cual no impide que las dichas cláusulas –diríase que desvergonzadamente– sigan apareciendo por doquier. Para evitarlo, sería bueno que enfatizaran su diligencia quienes, como interventores o fedatarios públicos, deban fiscalizar los mismos, siendo bueno también que las asociaciones de consumidores y usuarios revisen críticamente los contratos más frecuentes y, en fin, que el legislador, llegado el caso y cual sucede ya con los arrendamientos, dictase normas imperativas reguladoras de determinados contratos, como el de compraventa o el de préstamo con garantía hipotecaria.

Decir, en otro orden de cosas, que los contratos suelen agruparse, por la doctrina y con fines pedagógicos, en tipos –típicos y atípicos, conmutativos y aleatorios, onerosos y gratuitos, consensuales y formales, bilaterales y unilaterales-. Tomando un contrato concreto y confrontándolo con las categorías dogmáticas, puede decirse, con pocas palabras, mucho de él. Así, valga por caso, la compraventa sería, en vía de principio, un contrato típico, conmutativo, oneroso, consensual y bilateral, lo cual no impide que sea compraventa también la *emptio spei* o la venta a riesgo y ventura del comprador, por lo cual hay que tomar los tipos dichos a be-

neficio de inventario. Tal hace el Código Civil, por otra parte, que solo habla de contratos aleatorios –apuesta, alimentos y renta vitalicia, seguros aparte–, limitándose, antes y sin agruparlos en categorías, a regular cada contrato en particular, empezando por los que pueden transmitir la propiedad –compraventa y permuta– y siguiendo por los de virtualidades menores –arrendamientos, servicios, obras, sociedad, mandato, préstamo, depósito, transacciones y compromisos–.

Para terminar, vale la pena llamar la atención sobre la reciente moda de traer a colación nuevas modalidades contractuales con denominación y factura inglesas –*leasing*, *factoring*, *renting*, *franchising* o *crowdlendig*, por citar algunas–, cuyo objetivo –plausible, en principio– es atender a nuevas necesidades y posibilidades de negocio, susceptible de ser celebrado mediante contactos electrónicos. Con todo, la asunción acrítica de las dichas modalidades, con la fisonomía que les es propia en el Derecho foráneo, ha de hacerse con precaución, pues la utilización de denominaciones extranjeras dificulta el entendimiento del contrato en cuestión por los intérpretes y su acomodo en el sistema español, ya sea como contrato típico con nombre en nuestra propia lengua, ya como contrato atípico al que se pueda buscar proximidad con alguno típico. Valga, al respecto y como ejemplo de buen hacer, la transformación del inicial *leasing* en arrendamiento con opción de compra, terminología que permite entender bien de qué contrato estamos hablando, por complejo que este sea. Sería bueno seguir, en el futuro –lo más próximo posible– por esta senda, prescindiendo de términos extranjeros para denominar contratos españoles.

BIBLIOGRAFÍA

Clavería, L. H.: *La causa del contrato*. Bolonia: Real Colegio de España, Bolonia, 1998.

Díez-Picazo, L.: *Fundamentos de Derecho civil patrimonial. I. Los contratos*. Madrid: Civitas, 2012.

Morales, A. M.: *El error en los contratos*. Buenos Aires: Astrea, 2017.

Pérez Gallardo, L., coord.: *Los contratos gratuitos*. Madrid: Reus, 2011.

Rogel, C.: *Estudios de Derecho Civil. Obligaciones y contratos*. Madrid: Reus, 2008.

Carlos Rogel Vide
Catedrático Emérito de Derecho Civil
Universidad Complutense

VER TAMBIÉN: ABUSO DE DERECHO / BUENA FE / CODIFICACIÓN / CÓDIGO CIVIL / CONTRATO DE TRABAJO / CONTRATOS PÚBLICOS / DERECHO CIVIL / JURISDICCIÓN CIVIL / NEGOCIO JURÍDICO / OBLIGACIÓN JURÍDICA / REGISTROS JURÍDICOS

CONTRATOS PÚBLICOS

Los entes públicos desarrollan una destacada actividad bilateral mediante acuerdos, convenios y contratos con particulares y personas jurídicas para conseguir objetivos y finalidades diversas. Esos contratos se regulan en la Ley 9/2017, de 8 noviembre, de Contratos del Sector Público, último eslabón de una cadena de leyes contractuales que se han sucedido a lo largo del siglo xx (1965, 1995, 2000, 2007, 2011) para disciplinar una realidad de gran trascendencia económica. Las Administraciones, en efecto, encargan a empresas privadas la construcción de infraestructuras, la gestión de servicios, la prestación de actividades o el suministro de bienes que suponen intercambios y flujos económicos. Hay ocasiones en las que la contratación de esas actividades es obligada porque la Administración no tiene medios propios para ejecutarlas, pero hay otros casos en los que se trata de una opción organizativa o prestacional. Así, ciertos servicios los puede prestar directamente la Administración o los puede conceder a un particular que desempeña la actividad a cambio de un precio. Y entonces la Administración y el contratista se convierten en colaboradores necesarios.

Esa realidad que mueve millones y que con frecuencia es también un elemento de política económica –piénsese en el papel de la obra pública en el empleo– supone afrontar cuestiones jurídicas de primer orden porque están en juego la eficacia y el buen fin del contrato, pero también otros valores importantes como el destino de los dineros públicos, el respeto al medio ambiente o los derechos de los consumidores.

En la realización de esos contratos a la Administración le interesa la eficacia y la rapidez, a los contratistas el pago en tiempo de lo acordado y a todos que en esa relación haya eficiencia, publicidad y transparencia. Por eso, cuestiones como quién puede contratar, cómo seleccionar al contratista, qué derechos tiene, qué poderes conserva la Administración o quién resuelve los conflictos son cuestiones centrales de este sector del ordenamiento.

La existencia de una normativa de contratos públicos separada del Código Civil se ha justificado en diversas razones, entre ellas, la consideración de que la presencia de la Administración y los fines que representa comportan siempre peculiaridades que hay que ordenar y pautar. A ello obedece, por ejemplo, la regulación del poder de la Administración de interpretar unilateralmente el contrato, el llamado *ius variandi*, o la posibilidad de acordar la resolución, sin perjuicio, claro es, del control jurisdiccional de todas esas decisiones. Además, el carácter repetitivo de ciertos contratos llevó a considerar conveniente singularizar los más habituales (obras, servicios o suministros) y regular en detalle algunos (en particular, el contrato de obras) remitiendo a ese referente lo que no fueran especialidades de los demás.

No obstante, no todos los contratos que celebraban las Administraciones Públicas eran considerados contratos administrativos regulados en su integridad por el Derecho público. Había algunos que la Ley consideraba privados y que, por ello, se regían por el Derecho privado. Pero como aun en esos casos seguían en juego intereses públicos, había una parte de esos contratos que sí regulaba la ley especial: su preparación y adjudicación,

esto es, los llamados *actos separables* del contrato privado; actos que se consideraban indeclinablemente públicos y, por ello, regulados por el Derecho Administrativo y sometidos al control de la jurisdicción contencioso-administrativa, aunque en todo lo demás la vida de esos contratos se regía por el Derecho privado y se sometía al control de los tribunales ordinarios.

Así, pues, esa dicotomía –contratos administrativos/contratos privados– permitía concluir que, si bien *todos los contratos administrativos son contratos celebrados por la Administración, no todos los contratos celebrados por la Administración son contratos administrativos,* con lo que se clarificaba un tanto la citada dualidad.

El crecimiento económico, el subsiguiente aumento de la contratación pública y las urgencias derivadas de los ciclos políticos incidieron en la regulación de la contratación pública en cuanto que las Administraciones, al amparo de las exigencias de la urgencia, acentuaron la búsqueda de la eficacia *a cualquier precio* y buscaron instrumentos que permitieran huir de ciertos controles que articulaba la ley y que algunos consideraban «retardatarios». La idea del control y la propuesta sostenida por algún autor clásico del siglo XIX de que los contratos deben ser de gestación lenta (o sea, no fruto de la ocurrencia) y de ejecución rápida (para evitar las frecuentes modificaciones que encarecen el precio) eran planteamientos que, en ocasiones, chocaban con una realidad muy diferente en la que las exigencias de lo inmediato hacían que los contratos acabaran siendo de gestación rápida y ejecución lenta. La huida de los controles se mostró, falazmente, como una panacea. Y todo ello hizo que surgieran poco a poco alternativas como crear empresas de capital público y personalidad privada que, como personas jurídico-privadas, quedaban al margen, si no de todas, sí de parte de las exigencias de la ley cuyo ámbito de aplicación se limitaba, en principio, a las Administraciones Públicas propiamente tales.

Pero la Unión Europea fue imponiendo pautas y criterios comunes obligatorios de manera que las directivas europeas fueron plasmando nuevas garantías y mecanismos de control a casi todos los contratos en los que estuviera en juego el dinero público, con independencia del carácter formal de quien contrata, esto es, con independencia de que el ente contratante fuera una persona jurídico-pública o no. Surge así la nueva denominación de la ley de los contratos que de ser «de las Administraciones» pasa a considerarse «del Sector Público», ensanchando así significativamente su ámbito subjetivo para evitar, justamente, la «huida» del Derecho público que se estaba produciendo.

Al final de esa evolución está la Ley española de 2017 y, antes, el Texto Refundido de 2011, que tienen su justificación última en el Derecho europeo que, como digo, impone nuevas exigencias con objeto de garantizar los principios de libre concurrencia, publicidad, libertad de acceso, transparencia y control de todo el proceso selectivo y de adjudicación.

La Ley amplía notablemente su ámbito de aplicación, por más que no toda ella se aplique con misma intensidad a todos los entes que conforman el sector público ni a todos los contratos que esos entes lleven a cabo. El resultado ha sido, sí, una ampliación del ámbito subjetivo de la norma, pero también un cambio de sistemática y una complejidad mayor en cuanto que hay que buscar en cada caso qué aspectos de la Ley se aplican a cada tipo de

ente y a cada tipo de contrato, lo que genera a veces cierta complejidad. Lo importante es, sin embargo, que el Derecho de la Unión ha ido obligando a los Estados a incluir en sus leyes de contratos –al menos parcialmente– a todos los entes que, de una u otra manera, manejen fondos públicos. Y ello, insisto, para evitar que el subterfugio de crear personas de veste jurídico-privada fuera suficiente para enervar las exigencias del Derecho europeo y aun del Derecho interno.

Ese es, en definitiva, el lecho de fondo de las últimas leyes de contratos y, desde luego, de la Ley 9/2017. Unas leyes que, desde la óptica del Derecho interno, tienen en su mayor parte carácter básico, esto es, se aplican a todas las Administraciones, fundadas como están en el art. 149.1.18.ª CE.

Por lo demás, la Ley 9/2017 es una Ley al mismo tiempo continuista y novedosa. Continuista, porque sigue las pautas de la normativa anterior, algunas de las cuales venían impuestas por el Derecho europeo. Esa continuidad se plasma en la configuración general y en las normas sobre el expediente de contratación (pliegos de condiciones, duración y contenido de los contratos, publicidad, requisitos para contratar, recursos en materia de contratación…). Pero al mismo tiempo es una Ley novedosa en la medida en que incorpora cambios y novedades entre las que destacan, además de lo ya señalado, medidas contra la corrupción y la consideración de la contratación como instrumento para conseguir objetivos no económicos. A esas finalidades obedecen las normas sobre la publicidad y transparencia, el acceso a la información, la ampliación de las prohibiciones para contratar o el endurecimiento de la regulación de las modificaciones. La vinculación a una perspectiva social y ambiental está muy presente también al afirmarse que en todo contrato se incorporarán criterios sociales y medioambientales, de manera que el criterio estrictamente económico a la hora de seleccionar al contratista deja paso a la fórmula genérica de la «mejor relación calidad-precio».

***

La pandemia Covid 19 exige una reflexión adicional. Un supuesto particular de limitación de los derechos es el previsto en los denominados estados de crisis, que la CE regula en el art. 116 (desarrollado en la L.O. 4/1981). Es frecuente encontrar en las Constituciones normas que regulan la forma de conducirse el Estado en casos de calamidades naturales o sanitarias, graves disturbios o conflictos armados. En esos supuestos y con distintas intensidades, las Constituciones suelen atribuir poderes especiales al Ejecutivo por un tiempo determinado para hacer frente a la crisis. Es habitual que en ese contexto se autorice al Ejecutivo la limitación de ciertos derechos fundamentales de forma más intensa de lo constitucionalmente posible en situaciones de normalidad (caso de la libertad de circulación en los estados de alarma del citado art. 116 CE), e incluso su suspensión (como ocurre en los supuestos de estados de emergencia y sitio del art. 116 CE). La suspensión de un derecho fundamental técnicamente no es una limitación, sino la negación temporal de la existencia del derecho mismo, de manera que su contenido deja de estar amparado constitucionalmente y queda a disposición plena de los poderes públicos. El art. 55 CE prevé la posibilidad constitucional de una suspensión general de determinados derechos en el caso de ciertos estados de crisis, y una individual en el marco de la lucha antiterrorista. El TC tuvo ocasión de pronunciarse tanto sobre los límites constitucionales de la suspensión individual de

derechos (STC 25/1981), como sobre el rango del decreto que declara el estado de alarma en la STC 83/2016. Recientemente el ATC de Pleno de 30 de abril de 2020 lo hizo sobre la debida proporcionalidad de los límites de derechos fundamentales durante un estado de alarma.

Importantes modalidades de excepción, pues, justificadas en una situación tan excepcional como es la lucha contra la pandemia que el coronavirus ha significado y significa en todos los órdenes y que tiene en el de los contratos una destacada singularidad.

BIBLIOGRAFÍA

García de Enterria, E.: «La figura del contrato administrativo», en *Revista de Administración Pública*, 41 (1963).

Gimeno Feliu, J. M.ª: *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*. Pamplona: Aranzadi, 2018.

— *La Ley de Contratos de Sector Público 9/2017 (Sus principales novedades, los problemas interpretativos y las posibles soluciones)*. Pamplona: Aranzadi, 2019.

— Dir.: *Observatorio de los contratos públicos,* Pamplona: Aranzadi (publicación periódica anual, desde 2011).

Gomez-Ferrer, R., dir.: *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*. Madrid: Civitas, 2004. 2.ª ed. (desactualizado en la normativa, pero útil en muchos de los análisis).

Luis Martín Rebollo
Catedrático de Derecho Administrativo
Profesor Emérito de la Universidad de Cantabria

VER TAMBIÉN: ACERVO COMUNITARIO / ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO / ADMINISTRACIÓN LOCAL / ADMINISTRACIONES PÚBLICAS / BIENES PÚBLICOS / BUENA ADMINISTRACIÓN / CONTRATOS / CORRUPCIÓN POLÍTICA / DERECHO ADMINISTRATIVO / ESTADO NEUTRAL / JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA / ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA / **PANDEMIA: PERSPECTIVA JURÍDICA** / PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO / SECTOR PÚBLICO / SERVICIO PUBLICO / TRANSPARENCIA

CONVENIO COLECTIVO

Con carácter general, llamamos convenio colectivo al acuerdo suscrito por uno o varios empresarios o una o varias organizaciones representativas de empresarios, de una parte, y una o varias representaciones u organizaciones representativas de trabajadores, de otra, con el propósito de regular las condiciones de trabajo y de empleo de los trabajadores comprendidos en su ámbito de aplicación y las relaciones entre las partes que lo han suscrito.

El convenio colectivo es el resultado de la negociación colectiva, entendida como el proceso dinámico que permite a los representantes de los trabajadores y empresarios la composición del conflicto que les enfrenta –el llamado conflicto industrial– y la tutela de sus respectivos intereses. Históricamente, la negociación colectiva nace del «desenvolvimiento del hecho sindical» (Gallart Folch) y vino a reequilibrar el poder de los trabajadores individualmente considerados, superando la determinación contractual de las condiciones de trabajo, que hasta entonces había sido la pauta.

Las primeros pactos o convenios colectivos se producen a finales del XIX y es en las primeras décadas del siglo pasado cuando adquieren plena carta de normalidad en los países occidentales. En nuestra historia legislativa, el primer reconocimiento jurídico de la figura del convenio colectivo data de la Ley de descanso dominical de 3 de marzo de 1904, cuyo art. 4 previó que «los acuerdos legítimamente adoptados según estatutos de gremios o asociaciones que tengan existencia jurídica» pudieran normalizar y ampliar el descanso.

El convenio colectivo, en cuanto manifestación de la autonomía colectiva, esto es, del poder normativo que el ordenamiento reconoce a los representantes de los trabajadores y empresarios para regular las relaciones de trabajo, constituye la principal particularidad del sistema jurídico laboral de fuentes. El convenio, en efecto, viene siendo considerado *la fuente del Derecho del Trabajo por antonomasia,* hasta el punto que bien puede afirmarse que su reconocimiento e institucionalización han resultado ser esenciales para que nuestra disciplina adquiera la forma y fisonomía que le son propias (Martín Valverde).

Desde el punto de vista de su génesis y morfología, la singularidad del convenio colectivo viene dada por su condición híbrida, por utilizar la celebérrima expresión de Carnelutti, por su «cuerpo de contrato y su alma de ley». El convenio por su génesis y su factura es un pacto colectivo suscrito entre dos partes contratantes (una de las cuales cuando menos necesariamente colectiva), que nace con la vocación de regular las condiciones de trabajo y empleo en el ámbito de aplicación para el que ha sido negociado.

Dependiendo de los distintos ordenamientos y momentos históricos, esta condición bifronte se ha traducido en una morfología variada en cuanto a su naturaleza jurídica y eficacia personal. Por lo que se refiere a la naturaleza del convenio, suele hablarse de convenios que carecen de eficacia jurídica y tienen mera eficacia social; de convenios de derecho común o de naturaleza contractual, que son considerados contratos y despliegan efectos meramente contractuales; y de

convenios de eficacia normativa, que tienen los efectos de una norma jurídica y se integran entre las fuentes del Derecho. Por lo que se refiere a su eficacia personal, esto es, a la determinación de quiénes están obligados por el convenio, se distingue entre la eficacia personal limitada, cuando el convenio solo vincula a los trabajadores y empresarios representados por los sujetos negociadores que lo han suscrito, y la eficacia personal general o *erga omnes*, cuando lo convenido se aplica a todos los trabajadores y empresarios comprendidos en su ámbito de aplicación.

La evolución del sistema económico y de los ordenamientos laborales ha determinado la transformación de la morfología del convenio y de las funciones que le son propias. Si en su origen el convenio colectivo era básicamente un pacto que regulaba salarios y jornada laboral, hoy suele tener un contenido mucho más rico que abarca aspectos múltiples de las relaciones de trabajo. Desde el punto de vista de su interacción con la ley en la regulación de las relaciones de trabajo, en las últimas décadas hemos asistido a un retraimiento del papel de esta favor de aquel, pues el legislador ha visto en el convenio un eficaz instrumento para adaptar la regulación general a las necesidades del mercado y de la empresa y para gestionar las necesidades empresariales de flexibilidad laboral.

La Constitución Española reconoce en su art. 37.1, entre los «derechos y deberes de los ciudadanos» el derecho a la negociación colectiva en los siguientes términos: «La Ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios colectivos». Al amparo de esta previsión constitucional, el Estatuto de los Trabajadores regula, en su título III, el convenio colectivo típico: el convenio que hemos dado en llamar «estatutario», pues se suscribe conforme a las rigurosas reglas imperativas que en materia de legitimación y procedimiento recoge el Estatuto de los Trabajadores.

El convenio colectivo estatutario se caracteriza por su naturaleza normativa y por su eficacia general, ambas inequívocamente establecidas por el Estatuto de los Trabajadores. La eficacia normativa del convenio está prevista en el art. 3, en las letras c) y d) del precepto, según el cual, de una parte, los convenios colectivos regulan los derechos y obligaciones «concernientes a la relación laboral», y de otra, la voluntad de las partes, manifestada en el contrato de trabajo, no va a poder «en ningún caso» «establecer en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos». Corroboran esta eficacia, la atribución a la jurisdicción social por el art. 91.1 ET de las cuestiones derivadas de la aplicación e interpretación de los convenios y la consideración como infracción laboral por el art. 5. 1 de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social, de las acciones u omisiones de los empresarios contrarias a las cláusulas normativas de los convenios. La eficacia personal general o *erga omnes* queda claramente reconocida en el apartado 3 del art. 82 ET, conforme al cual «los convenios colectivos regulados por esta ley obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia».

Junto a los convenios estatutarios, la jurisprudencia ordinaria ha dado carta de naturaleza a los convenios extraestautarios, que son aquellos suscritos *extra legem*, al margen de la regulación legal contenida en el ET. El Tribunal Constitucional ha avalado el reconocimiento jurisprudencial

de los convenios extraestatutarios al considerarlo exigencia derivada del reconocimiento constitucional del derecho de libertad sindical, de cuyo contenido esencial forma parte el derecho de negociación colectiva (STC 108/1989, de 8 junio). Como todo sindicato tiene derecho a la negociación colectiva y no todos alcanzan las cotas de representatividad requeridas por el ET para negociar los convenios que en él se regulan, para garantizarles su derecho de negociación colectiva se hace necesario admitir la vía de la negociación colectiva extraestatutaria.

Como es fácilmente deducible, por lo general a la negociación colectiva extraestatutaria se va normalmente a recurrir cuando, por carecer de la representación suficiente o no alcanzarse los requisitos de legitimación o las mayorías requeridas por el ET, no es factible la negociación de un convenio estatutario. La naturaleza y eficacia de los convenios colectivos extraestatutarios, así como su régimen jurídico, la ha determinado la jurisprudencia. La naturaleza jurídica del convenio extraestatutario es la del contrato, se trata de un contrato suscrito al amparo del principio general de libertad contractual que genera obligaciones jurídicamente exigibles entre quienes lo han suscrito (por todas, STS de 14 de diciembre de 1996). Su eficacia personal es limitada: obliga exclusivamente a los miembros de las organizaciones que lo han suscrito, sin perjuicio de que a través de adhesiones individuales pueda extenderse su ámbito de aplicación.

BIBLIOGRAFÍA

Alonso Olea, M.: *Pactos colectivos y contratos de grupo*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1955.

Gallart Folch, A.: *Las convenciones colectivas de trabajo*. Granada: Comares, 2000.

García Murcia, J.: «Criterios jurisprudenciales sobre la naturaleza y la eficacia de los pactos colectivos atípicos (I y II)», en *Actualidad Laboral*, 23-24 (1992).

Lahera Forteza, J.: *Normas laborales y contratos colectivos*. Madrid: Reus, 2008.

Pérez de los Cobos; Goerlich, J. M., coords.: *El régimen jurídico de la negociación colectiva en España*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

Sala Franco, T.: *Los convenios colectivos extraestatutarios*. Madrid: IES, 1981.

Francisco Pérez de los Cobos Orihuel
Presidente Emérito del Tribunal Constitucional
Catedrático de Derecho del Trabajo
Universidad Complutense

VER TAMBIÉN: CONTRATO DE TRABAJO / DERECHO DEL TRABAJO / DERECHOS SOCIALES / DESPIDO LABORAL / ESTADO SOCIAL / HUELGA / JURISDICCIÓN SOCIAL / ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO / **PANDEMIA: PERSPECTIVA LABORAL /** SALARIO / SINDICATOS

CORONA

El protagonismo de la Corona en el origen y desarrollo de la España constitucional es una evidencia reconocida de forma unánime. Don Juan Carlos, «piloto» del cambio, y Don Felipe, con la «Monarquía renovada para un tiempo nuevo», han ejercido de forma impecable las funciones propias del jefe del Estado en una Monarquía parlamentaria, «forma política del Estado» de acuerdo con el artículo 1.3 de la Constitución. Un precepto, por cierto, que fue discutido en su día a partir de criterios doctrinales sobre los conceptos «forma de Estado» y «forma de gobierno», pero que resulta muy significativo en el contexto histórico de la Transición. Como dijo el senador y académico de la RACMYP Carlos Ollero, la Monarquía fue «ascendida» de categoría, con buenos motivos, de forma de gobierno a forma política. Al margen del caso español, hay también muchas y buenas razones para afirmar, con Emilio Lamo de Espinosa, que la conexión entre Monarquía (obviamente en su versión parlamentaria) y democracia es «algo más que conllevanza», puesto que ofrece un ámbito considerable de «legitimidad racional», según los términos bien conocidos de Max Weber. Es notorio que muchos de los países más democráticos y progresistas del mundo optan desde hace siglos por la forma monárquica. Se trata, sin duda, de un argumento muy convincente frente a planteamientos simplistas, impropios de una sociedad abierta y dinámica como la española.

El título II de la Constitución (arts. 56-65) forma parte de su núcleo esencial, como refleja la exigencia de procedimiento agravado para su reforma (art. 168.1 CE), tesis reiterada por el dictamen del Consejo de Estado respecto a la eventual modificación del art. 59. La posición constitucional del Rey es propia de una Monarquía parlamentaria, de modo que se transforma en Derecho escrito el modelo consuetudinario británico. No hay rastros de una Monarquía «constitucional», puesto que las funciones del Rey están intrínsecamente vinculadas con el respeto al principio democrático. La mejor doctrina clásica (Jellinek, Smend y otros) insiste en la función de la Corona como elemento de integración política, y así también, en España, Herrero de Miñón; sin olvidar en este punto la célebre cita de Walter Bagehot: *to be consulted, to encourage, and to warn* son los derechos propios del monarca según la Constitución histórica.

El art. 56 CE ofrece una relación especialmente rigurosa desde el punto de vista jurídico acerca de las funciones del Rey: es «jefe del Estado», con las consecuencias que de ahí se derivan a efectos de Derecho Internacional; «símbolo de su unidad y permanencia», no solo del Estado, cabe interpretar, sino también de la Nación española, titular de la soberanía; «arbitra y modera el funcionamiento regular de las instituciones», fórmula actualizada de la teoría clásica de Benjamin Constant; «asume la más alta representación del Estado español en las relaciones internacionales, especialmente con las naciones de su comunidad histórica», como luego veremos; en fin, también ejerce las funciones que le atribuyen la Constitución y las leyes.

A partir de este marco jurídico-político, el título II desarrolla las competencias efectivas del Rey de España. En el ámbito internacional, es frecuente utilizar la fórmula «el primer Embajador» o con una valoración muy merecida: «el mejor Em-

bajador». Desde la Transición (recuérdese el importante discurso de Don Juan Carlos ante el Congreso de los Estados Unidos, el 2 de junio de 1976) y hasta la actualidad (por citar un ejemplo entre tantos: Don Felipe ante el Consejo de Europa, el 27 de abril de 2017) la imagen internacional de España se asocia con la presencia activa y eficaz de la Corona en las instancias formales e informales donde se desarrolla la actividad diplomática al más alto nivel. El art. 63 CE precisa este ámbito funcional en referencia a la acreditación y recepción de embajadores (63.1); la manifestación del consentimiento del Estado para obligarse por medio de tratados (63.2), y la felizmente inédita función de declarar la guerra y hacer la paz, obviamente previa autorización de las Cortes Generales (63.3).

Entre las funciones de naturaleza legislativa, el art. 91 CE establece la facultad de sanción y promulgación de las leyes, así como la de ordenar su inmediata publicación, cuya naturaleza puramente formal convierte en obsoletos los viejos debates sobre la condición jurídica de dichas instituciones, vinculadas en su día con el derecho de veto, ya superado por la evolución histórica.

En las funciones relacionadas con el Ejecutivo y el Legislativo es donde alcanza su mejor expresión la seña de identidad parlamentaria de nuestra Monarquía. Así, el Rey convoca y disuelve las Cortes; convoca elecciones y referendos; propone candidato y, en su caso, nombra o cesa al presidente del Gobierno; nombra y separa a los ministros; expide los decretos; confiere los empleos civiles y militares; concede honores y distinciones; ejerce el derecho de gracia, y nombra a los cargos principales del Poder Judicial... Todo ello, como es de sobra sabido, previos los trámites y requisitos que se regulan con el necesario detalle en la Constitución, en las leyes o en los reglamentos parlamentarios. El andamiaje jurídico funciona correctamente gracias a la impecable neutralidad y contención de los titulares de la Corona en el día a día del funcionamiento del Estado, desde hace ya más de cuarenta años. Por citar un único ejemplo: Zarzuela supo hacer caso omiso de las propuestas poco meditadas para buscar un candidato *sui generis* a la Presidencia del Gobierno pese al fracaso de las rondas de consultas derivadas del art. 99 CE. Lo mismo cabe decir, aún con mayor motivo, de la delicada función que encomienda al Rey el art. 62, h) CE, «el mando supremo de las Fuerzas Armadas»: al margen de la ocasión excepcional del 23-F, la práctica reiterada ha traducido dicha función en una cercanía afectuosa y un apoyo permanente del monarca a los Ejércitos, con absoluto respeto a la dirección de la política militar que la Constitución atribuye lógicamente al Gobierno (art. 97 CE).

No debe faltar aquí una mención expresa al «alto patronazgo de las Reales Academias» (art. 62, j, CE), que los Reyes han ejercido y ejercen con su presencia frecuente en actos solemnes y su permanente atención y aliento a las actividades académicas.

La clave del buen funcionamiento de una Monarquía «democrático-parlamentaria» (el término lo utiliza G. de Vergottini) es el *refrendo*, en conexión directa con las reglas históricas y actuales, plenamente justificadas por la naturaleza de esta forma de gobierno: *the King can do not wrong* y la inviolabilidad e irresponsabilidad jurídica del monarca (sobre cuyo alcance temporal caben opiniones diferentes), a las que cabe añadir la novedosa regulación del aforamiento de otros miembros de la Casa Real (Reina consorte y consorte de la Reina; Príncipe o Princesa de Asturias y su consorte; Rey o

Reina que hayan abdicado y su consorte) ante las Salas de lo Civil y lo Penal del Tribunal Supremo, a partir de la L. O. 4/2004, de reforma de la LOPJ. Se superaba así, por cierto, una sorprendente laguna legislativa en un ordenamiento como el español, tan proclive a reconocer fueros singulares.

El refrendo (art. 64 y, para esa circunstancia concreta, art. 99 CE) conlleva la traslación de responsabilidad y la naturaleza de *acto debido* de la firma del jefe del Estado no deja margen para especulaciones (no siempre bienintencionadas) sobre la posición del Rey ante determinadas decisiones políticas. Más complejo es el supuesto refrendo «tácito» (respecto de mensajes, discursos, etc.), todavía poco y mal estudiado por nuestra doctrina.

Por último, en el marco de este título II constitucional, sucesión, regencia y tutela son reflejo indiscutible de la permanencia de la institución. Sobre sucesión, regulada por el art. 57 CE, existe acuerdo social y político acerca de la necesidad de eliminar la prevalencia del varón sobre la mujer. Así debería hacerse en el momento oportuno y sin precipitaciones perjudiciales para la institución y para el Estado. Por lo demás, el impecable proceso sucesorio tras la abdicación de Don Juan Carlos, formalizado por la L. O. 3/2014, en su artículo único, es buena prueba de la vitalidad y el arraigo de la Corona en la sociedad española y en el funcionamiento de las instituciones democráticas. El «ruido» de algunas opiniones minoritarias, muchas veces coyunturales, no debe llamar a engaño sobre la plenitud democrática de la legitimidad de la Monarquía parlamentaria española. Esta opinión debe ser reiterada en el contexto de las circunstancias que afectan al Rey Emérito y que no alteran los criterios expresados a lo largo de este análisis de la Corona.

BIBLIOGRAFÍA

Aragón Reyes, M.: «La Corona», en VV. AA., *España, siglo XXI*. Madrid: Biblioteca Nueva, 2008.

Belda, E.: *El poder del Rey: alcance constitucional efectivo de las atribuciones de la Corona*. Madrid: Senado, 2003.

Escudero, J. A.: *El Rey: historia de la Monarquía*. Barcelona: Planeta, 2008.

Fernández Campo, S.: «La Corona y la Constitución», en *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, 81 (2004).

González-Trevijano, P.: *El refrendo*. Madrid: Congreso de los Diputados, 1998.

Herrero de Miñón, M.: «La posición de la Monarquía española», en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*. Madrid: Civitas, 1991,

Lavilla Alsina, L.: «La Monarquía parlamentaria como forma política del Estado español», en *Asamblea. Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 5 (2001).

Powell, Ch.: *El piloto del cambio: el Rey, la Monarquía y la Transición a la democracia*. Barcelona: Planeta, 1991.

Prieto, G.: «El Rey-Embajador. La Corona en las relaciones internacionales», en B. Pendás, dir. *España Constitucional (1978-2018): trayectorias y perspectivas*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2018.

Torres del Moral, A.: *El Príncipe de Asturias. Su estatuto jurídico*. Madrid: Congreso de los Diputados, 2005.

VV. AA.: *Las Monarquías europeas en el siglo XXI*. Madrid: Sanz y Torres, 2007.
VV. AA.: «Encuesta sobre el orden sucesorio a la Corona», en *Teoría y Realidad Constitucional*, 16 (2005).
VV. AA.: *La Corona en la Historia de España*. Madrid: Biblioteca Nueva, 2003.
VV. AA.: *La Monarquía parlamentaria*. Madrid: Congreso de los Diputados, 2001.

Pablo J. Pendás Prieto
Letrado de las Cortes Generales

VER TAMBIÉN: AFORAMIENTO / DIPLOMACIA / LEYES / MONARQUÍA / PRESIDENTE DEL GOBIERNO / SÍMBOLOS POLÍTICOS / TRATADOS INTERNACIONALES

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

La Corte Interamericana es una institución judicial autónoma que tiene como objeto la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, además de otros tratados regionales sobre los que posea competencia, dentro del seno de la Organización de Estados Americanos (OEA). En conjunto con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, conforman uno de los tres tribunales regionales de protección de los derechos humanos existentes en el mundo.

Sus orígenes se remontan a la Novena Conferencia Internacional Americana, celebrada en Bogotá, Colombia, en el año de 1948, cuya acta final señaló que la protección a los derechos internacionalmente reconocidos debía ser garantizada por un órgano jurídico. Posteriormente, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos de 1969, en San José de Costa Rica, se adoptó la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entrando en vigor el 18 de julio de 1978, cuyo contenido contempló la creación de una Corte Interamericana. Los primeros jueces fueron electos en mayo de 1979, reuniéndose por primera vez en junio de ese mismo año en la sede de la OEA, en Washington, D. C. Meses más tarde se realizó la instalación formal de su sede permanente en la Ciudad de San José, Costa Rica, el 3 de septiembre de 1979.

La organización y funciones de la Corte se encuentran reguladas en la Convención Americana, en su Estatuto y su Reglamento. El Tribunal se compone por siete jueces, elegidos en la Asamblea General de la OEA por los Estados parte de la Convención Americana, para un periodo de seis años, con posibilidad de ser reelectos por una sola vez. Los jueces no se encuentran permanentemente en la sede de la Corte; sin embargo, están a disposición plena del Tribunal y deben trasladarse a su sede o al lugar en que realice sus sesiones, cuantas veces y por el tiempo que sean necesarios.

La Corte celebra periodos ordinarios de sesiones determinados reglamentariamente. Asimismo, también puede llevar a cabo periodos extraordinarios, los cuales a partir del 2005 han sido realizados fuera de su sede en Costa Rica, con el objetivo de incrementar la actividad jurisdiccional, además de difundir las labores de la Corte en la sociedad.

En cuanto a sus funciones, la Corte ejerce una *competencia consultiva*, cuando conoce y resuelve solicitudes de interpretación de las disposiciones de la Convención Americana o de otros tratados concernientes a la protección de derechos humanos; o al resolver consultas acerca de la compatibilidad entre las leyes internas de los Estados miembros de la OEA y los mencionados instrumentos internacionales. El documento derivado de esta actividad tiene por nombre *opinión consultiva* y hasta diciembre de 2019 han sido emitidas 25 de ellas.

La Corte también ejerce una *competencia contenciosa* en casos de demandas individuales o de conflictos interestatales. En cuanto a los primeros, los individuos pueden demandar a los Estados parte de la Convención Americana que han aceptado la competencia contenciosa del Tribunal, una vez agotadas las instancias nacionales y el procedimiento ante la Comisión Interamericana, institución que es la que puede elevar un caso a la Corte. En este supuesto, la Corte determina si el Estado demandado ha incurrido en responsabili-

dad internacional por la violación de alguno de los derechos consagrados en dicho instrumento o en otros tratados interamericanos sobre derechos humanos aplicables. Para dirimir los conflictos interestatales, solo los Estados parte del Pacto de San José o la Comisión Interamericana pueden someter un caso ante la Corte.

Cuando la Corte conozca de un caso y decida que existió violación de un derecho o libertad protegido por la Convención u otro tratado, dictará una sentencia que garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados y dispondrá una serie de medidas para que se reparen las consecuencias de la situación que ha configurado la vulneración a esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

El Tribunal ha resuelto menos de 300 casos contenciosos en sus cuatro décadas de existencia. Todas estas sentencias conforman una extensa y variada jurisprudencia que ha contemplado casos de graves violaciones a derechos humanos, especialmente en temáticas como desapariciones forzadas, ejecuciones extrajudiciales, masacres, tortura, pena de muerte y leyes de (auto) amnistía. La jurisprudencia también ha analizado los derechos humanos de personas y grupos en situación o condición de vulnerabilidad, protegiendo y estableciendo estándares para niñas, niños y adolescentes, mujeres, personas mayores, pueblos indígenas y tribales, personas con discapacidad, afrodescendientes, personas LGTBI, migrantes, refugiados, personas privadas de libertad, desplazados forzados, defensoras y defensores de derechos humanos, periodistas y personas en situación de pobreza.

Asimismo, ha decidido sobre asuntos consubstanciales a la democracia y el Estado de Derecho, atinentes a la libertad de pensamiento y expresión, derecho a la información, independencia judicial y debido proceso, entre otros. Asimismo, resulta relevante su jurisprudencia sobre la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. También ha innovado al desarrollar el concepto de «reparación integral» *(restitutio in integrum)* para las víctimas de las violaciones a los derechos humanos, que incluyen medidas no solo pecuniarias, sino también de satisfacción, rehabilitación y de no repetición, estas últimas especialmente importantes cuando se trata de violaciones sistémicas, que pueden implicar modificaciones normativas y el establecimiento de políticas públicas.

La competencia contenciosa también incluye el mecanismo de *supervisión de cumplimiento de sentencias*, por el que la Corte solicita información a un determinado Estado sobre las actividades desarrolladas para los efectos de dicho cumplimiento, emitiendo resoluciones sobre el particular.

Finalmente, la Corte también ejerce una *competencia preventiva*, mediante la adopción de medidas provisionales, en casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando sea necesario para evitar daños irreparables a las personas.

La actividad de la Corte Interamericana, en el ejercicio de sus diversas competencias, la ha convertido en un gran referente para los Estados de la región. Sus estándares desarrollados en materia de derechos humanos han sido retomados por las autoridades estatales en el ejercicio de sus funciones, a través de la conocida práctica del *control de convencionalidad*.

La actividad de la Corte también ha cobrado interés por diversas organizaciones de la sociedad civil, quienes han tenido una extensa participación; no solo en la defensa de casos, sino también en el ejercicio de la competencia consultiva, contenciosa y

de supervisión de cumplimiento del Tribunal a través de la figura del *amicus curiae*.

Todo lo anterior debe servir para afrontar los principales retos que tiene la Corte Interamericana por delante. Entre sus desafíos se encuentra lograr la universalidad del sistema interamericano, especialmente mediante la firma o ratificación de la Convención y del conjunto de instrumentos interamericanos por parte de todos los países del continente. Asimismo, es necesario realizar un extenso diálogo con los Estados miembros, para alcanzar un mayor y más expedito cumplimiento de las sentencias que se han emitido, en tanto que las víctimas de violaciones a derechos humanos no tienen garantizado plenamente su acceso a la justicia con la emisión de una sentencia, sino con la adopción de las reparaciones que se ordenan en su favor. Otros desafíos importantes consisten en lograr la dedicación exclusiva de sus miembros, así como una integración con mayor número de juezas, en tanto que solo cinco juezas la han conformado en sus cuarenta años de existencia.

También resulta necesario mantener el *diálogo jurisprudencial* entre la Corte Interamericana y las jurisdicciones domésticas de los Estados. Este diálogo es extensible a los demás tribunales regionales sobre derechos humanos del mundo, como se vislumbró en el año 2018 con la *Declaración de San José*, en donde se estableció un foro permanente de comunicación entre la Corte Interamericana, el TEDH y la antes citada Corte Africana. Los anteriores retos no son los únicos, pero sí ilustran el panorama de intenso trabajo y constante renovación que le espera a la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los próximos años.

BIBLIOGRAFÍA

García Roca, J.; Fernández, P. A.; Santolaya, P.; Canosa Usera, R., coords.: *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos*. Pamplona: Civitas-Thomson-Reuters, 2012.

Santolaya Machetti, P.; Wences, I., coords.: *La América de los derechos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2016.

OEA. Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, del 30 de marzo al 02 de mayo de 1948. Acta Final.

OEA. Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, Santiago de Chile, Chile, del 12 al 18 de agosto de 1959, Acta Final, Doc. OEA/SER. C/II.5.

Nota: Véanse también los textos vigentes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Estatuto de la Corte y su Reglamento.

Eduardo Ferrer Mac-Gregor
Juez y ex Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas y profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM)

VER TAMBIÉN: DERECHOS FUNDAMENTALES / DERECHOS SOCIALES / DIÁLOGO DE TRIBUNALES / ESTADO CONSTITUCIONAL / IBEROAMÉRICA / JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL / TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

CORTE PENAL INTERNACIONAL

El 1 de julio de 2002 entró en vigor el Estatuto de Roma. Nacía así la CPI que, a diferencia de lo que ocurría hasta entonces con los tribunales penales *ad hoc*, tenía una vocación de permanencia y universalidad, y un objetivo muy definido: desarrollar el Derecho Internacional Penal, en estado aún muy incipiente. Desde entonces el número de Estados parte del tratado no ha dejado de crecer: tras la histórica adhesión de Palestina (2015) y la posterior de El Salvador (2016) son ya ciento veintidós, una cifra difícil de imaginar hace tan solo unos años.

Desde su puesta de largo, la Corte ha tenido que hacer frente a importantes problemas que han condicionado en gran medida su funcionamiento; en especial, las enormes presiones de algunas potencias, las limitaciones presupuestarias impuestas por estas, la complejidad y larga duración de los procedimientos y los difíciles contextos en que se encuentran la mayoría de las situaciones que le llegan, en territorios sumidos en enfrentamientos armados o en complicados procesos de paz. Además, la Corte ha sido duramente criticada por algunos Estados africanos que consideran que persigue exclusivamente crímenes cometidos en el continente africano. Las cifras parecen darles la razón: hasta este momento han sido procesadas 44 personas… todas ellas africanas. Con ese argumento, Burundi se retiró del Estatuto en 2017 (Filipinas lo ha hecho en 2019), si bien este hecho tiene más que ver con la activación de procedimientos contra miembros de los gobiernos de estos Estados que con una acusación real de neocolonialismo. En cualquier caso, la credibilidad de la Corte dependerá en gran medida de la forma en que proceda cuando deba actuar contra ciudadanos occidentales, implicados en varios de los exámenes preliminares e investigaciones en marcha. Desgraciadamente, a la vista de los últimos acontecimientos, no parece que haya razones para el optimismo.

Así, por ejemplo, en el caso concreto de Afganistán, la Fiscalía confirmó la existencia de indicios fundados de que soldados de Estados Unidos y miembros de la CIA cometieron crímenes de guerra al utilizar la tortura en Afganistán entre 2003 y 2004, como parte de «una operación orquestada para extraer información útil». Estos crímenes se habrían cometido por soldados estadounidenses en el territorio de Afganistán y por miembros de la CIA en cárceles secretas ubicadas, además de en ese Estado, en Polonia, Rumanía y Lituania, todos ellos Estados parte del Estatuto de Roma. La Corte tenía ante sí la posibilidad de demostrar su vocación universal. Pero cediendo a la presión de Estados Unidos, el 12 de abril de 2019 la Sala de Cuestiones Preliminares decidió no autorizar una investigación sobre los mencionados crímenes con un argumento que mina gravemente su credibilidad y su propio futuro: dada la situación de Afganistán y la falta de colaboración de los Estados Unidos, las posibilidades de éxito del procedimiento son muy reducidas; por ello es preferible destinar sus escasos recursos financieros a procedimientos con posibilidades reales de prosperar ¿Significa esto que la Corte centrará sus esfuerzos exclusivamente en los asuntos que afectan a ciudadanos africanos o asiáticos por tener «mayores posibilidades de éxito»? ¿se confirmará así el carácter neocolonialista de la Corte?

Aunque grave, no es este el único problema a que ha de hacer frente la Corte: los tres mecanismos previstos en el Estatuto para activar su jurisdicción han

demostrado igualmente su fragilidad. Por una parte, el mecanismo de autoremisión ha sido activado por algunos gobiernos con fines espurios: legitimar su carácter democrático tras haber llegado al poder por medio de un golpe de Estado, o que la Corte persiga exclusivamente a los miembros de grupos de la oposición y grupos rebeldes. Por otra parte, la posibilidad de que el Consejo de Seguridad remita situaciones (utilizado tan solo en dos ocasiones: Darfur y Libia) distorsiona la labor estrictamente judicial de la Corte, pues permite que los miembros permanentes del Consejo de Seguridad interfieran *de facto* en su funcionamiento, con el objeto no disimulado de sustraer de su competencia graves crímenes cometidos en estos conflictos por nacionales suyos. Sin duda, el ejemplo más patente del fracaso de este mecanismo es el caso sirio. La huida de millones de refugiados hacia Europa ha provocado el mayor desastre humanitario desde el final de la Segunda Guerra Mundial, sin que el Consejo de Seguridad haya sido capaz de remitir la situación a la Corte, como consecuencia del ejercicio del derecho de veto por parte de algunos de sus miembros permanentes. Este hecho ha deteriorado gravemente su imagen, ya que para la opinión pública mundial es difícil de entender que la Corte quede al margen del principal conflicto internacional en lo que llevamos del siglo XXI. Finalmente, la Fiscalía tan solo ha remitido tres situaciones (Kenia, Costa de Marfil y Georgia), pero la necesidad de contar con autorización judicial y la ausencia de unos criterios claros a la hora de la concesión de tal autorización hacen que la valoración de este tercer mecanismo tampoco sea muy positiva.

Igualmente hay que lamentar la decisión de la Asamblea de Estados, de 14 de diciembre de 2017, que limita la competencia de la CPI en relación con el crimen de agresión a los hechos cometidos por nacionales en el territorio de los Estados que hayan ratificado el protocolo sobre este crimen. Dado que la única excepción sería la remisión de la situación por el Consejo de Seguridad, lo que es poco menos que impensable por el ejercicio del derecho de veto, el futuro de este tipo penal es muy sombrío.

En otro orden de cosas, el caso de Omar Al-Bashir ha puesto en evidencia las dificultades que conlleva la aplicación del artículo 27.2 del Estatuto, que establece la ausencia de inmunidad personal de jefes de Estado y de Gobierno y de otros cargos oficiales pues si, por una parte, algunos Estados amenazaron con retirarse del Estatuto por entender que la detención y entrega de un jefe de Estado en ejercicio supone una intromisión de la Corte en sus relaciones con otros Estados, por otra, la inaplicación por estos Estados de las órdenes de detención y entrega cursadas por la Corte contra el jefe de Estado de Sudán mostraron con elocuencia que, sin la cooperación estatal, los poderes de la Corte son papel mojado.

En el ámbito del Derecho material deben destacarse importantes avances, aunque no todos los deseables. Así, si el Estatuto de Roma había ampliado los tipos penales incluidos en los crímenes de violencia sexual y de género a «la esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable», hasta entonces limitados en gran medida a la violación sexual, la llegada de dos mujeres a la Fiscalía y a la Presidencia de la Corte y la presencia de magistradas en ella han tenido un reflejo inmediato en el desarrollo progresivo de este tipo en la jurisprudencia. En el otro lado de la balanza debe señalarse que pese a haber diseñado todo un sistema que garantiza el acceso de las víctimas a la jus-

ticia, la Corte no ha sabido o no ha podido aprovechar las posibilidades que le ofrecía el Estatuto de desarrollar la función restaurativa.

Finalmente, debe celebrarse el efecto que está teniendo su jurisprudencia en las legislaciones nacionales: más de la mitad de los Estados parte han aprobado disposiciones dirigidas a adaptar su legislación interna al Estatuto o han procedido a reformar algunas de las ya existentes, lo que permite constatar la progresiva importancia del Derecho Internacional Penal en el ordenamiento jurídico de muchos Estados.

Pese a las luces y sombras que caracterizan el quehacer de la CPI, lo cierto es que nos encontramos en los albores del Derecho Internacional Penal, que avanza lenta, pero inexorablemente. El mero hecho de que nacionales de Estados que no son parte puedan ser perseguidos por la comisión de alguno de los graves crímenes tipificados en el Estatuto o de que Estados no miembros cooperen con la Corte en la aplicación del mismo constituyen un avance sin precedentes en el Derecho Internacional contemporáneo, anclado todavía en la defensa a ultranza de la soberanía de los Estados.

BIBLIOGRAFÍA

Bollo Arocena, M. D.: «La declaración unilateral de aceptación de la competencia de la Corte Penal Internacional (artículo 12.3 del ECPI). De la formulación estatutaria a su puesta en práctica (Costa de Marfil, Uganda, Palestina, Ucrania...)», en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 31 (2016).

Carrillo Salcedo, J. A., coord.: *La criminalización de la barbarie: la Corte Penal Internacional*. Madrid: CGPJ, 2000.

Escobar Hernández, C.: «La Corte Penal Internacional en construcción: nuevos retos veinte años después de la Conferencia de Roma», en *Revista Española de Derecho Internacional*, 70:2 (2018).

Martín Martínez, M. M.; Lirola Delgado, I.: *La Corte Penal Internacional. Justicia versus impunidad*. Barcelona: Ariel, 2001.

Orihuela Calatayud, E.: *Las víctimas y la Corte Penal Internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.

Quesada Alcalá, C.: *La Corte Penal Internacional y la soberanía estatal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.

Remiro Brotons, A.: «El crimen de agresión en el Estatuto de la CPI revisado. “Nascetur ridiculus mus”», en M. J. Aznar Gómez *et al.*, *Estudios en homenaje al profesor Manuel Pérez González*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

Juan Francisco Soraeta
Profesor Titular de Derecho Internacional Público
Universidad del País Vasco

VER TAMBIÉN: DESCOLONIZACIÓN / DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO / DERECHOS HUMANOS / DIPLOMACIA / GUERRA Y CONFLICTO / JEFE DEL ESTADO / JURISDICCIÓN UNIVERSAL / NACIONES UNIDAS / RELACIONES INTERNACIONALES / SOCIEDAD INTERNACIONAL / TRATADOS INTERNACIONALES

CORTES GENERALES

La utilización del término Cortes para designar a nuestra institución parlamentaria, que suele llamar la atención fuera de España, se remonta históricamente a la Edad Media. Deriva del lugar donde se reunían las asambleas políticas estamentales que, bajo la presidencia del Monarca, dan origen al Parlamento y se conservará en nuestro país (mientras en Francia o el Reino Unido se reservará para los tribunales), siendo recuperado en Cádiz en 1812, donde se hablaba de «Cortes Generales y Extraordinarias», lo que contribuyó a la elaboración de la más célebre de las construcciones doctrinales en apoyo de su carácter constituyente, la *Teoría de las Cortes*, de Francisco Martínez Marina. Se mantendrá ya en todos los textos constitucionales posteriores, en la forma de Cortes Generales o simplemente de Cortes, hasta la vigente Constitución de 1978. Aunque en este caso existe una clara ruptura con las Constituciones liberales en la caracterización del Parlamento, al introducir de una forma plena el principio democrático, por la influencia de los partidos políticos en su funcionamiento real y al recibir una clara inspiración de los planteamientos derivados del constitucionalismo europeo posterior a la Segunda Guerra Mundial (el llamado parlamentarismo «racionalizado»).

Las Cortes Generales son un órgano constitucional complejo. Cada una de las Cámaras que lo componen (Congreso de los Diputados y Senado) también lo son. Y comparten esta característica con el Gobierno, el Consejo General del Poder Judicial y el Tribunal Constitucional, puesto que, como ellos y frente a los denominados órganos de relevancia constitucional, tienen un origen y un desarrollo directamente recogidos en la Constitución (título III, arts. 66 a 96, y título IV, «De las relaciones entre el Gobierno y las Cortes Generales», arts. 108 a 116). Participan en la dirección política del Estado en tanto que ejercen su potestad legislativa, aprueban sus Presupuestos, controlan la acción del Gobierno y tienen las demás importantes funciones que les atribuye la Constitución.

Entre ellas destaca la función representativa del pueblo español (art. 66.1), único titular de la soberanía nacional del que emanan los poderes del Estado (art. 1.2). Por eso las Cortes Generales son esenciales para entender el componente democrático que, junto al elemento social, define el modelo de Estado en el que se constituye España (art. 1.1). Y son también necesarias para asumir la proclamación de la forma política del Estado español como Monarquía parlamentaria (art. 1.3). Este carácter se enmarca en la opción por la democracia representativa que, de modo no excluyente (pues siempre cabe la convivencia con algún instrumento de democracia directa), pero sí exclusivo, han preferido las democracias actuales.

Así, las Cortes Generales son elegidas para representar al pueblo español en su conjunto en el Congreso (art. 68) y en su variedad territorial en el Senado (art. 69). En el primer caso, a través de los 350 diputados elegidos por sufragio universal, libre, igual, directo y secreto, en los términos que establece la Ley Orgánica, 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General. Es decir, de acuerdo con un sistema proporcional que distribuye los escaños entre las provincias en función de su población empleando el método D'Hondt. En el Senado se eligen cuatro senadores en cada provincia y, en las provincias insulares, tres en cada una de las islas mayores –Gran Canaria, Mallorca y Tenerife– y uno en la agrupación de Ibiza y Formentera y en cada una de las restantes islas, en Ceuta y en Melilla. Además, las Comunidades Autó-

nomas designan un senador y otro más por cada millón de habitantes de su respectivo territorio, de acuerdo con lo que establezcan sus respectivos Estatutos de Autonomía. Este último elemento corrector no ha impedido que el establecimiento de la circunscripción provincial provoque numerosas observaciones críticas respecto a la afirmación del Senado como Cámara de representación territorial, reforzando la opinión de quienes consideran la necesidad de reformar el Senado como una de las asignaturas pendientes de la reforma constitucional.

Las Cortes son, además, un órgano deliberante, característica fundamental de toda institución parlamentaria. Los arts. 74 y siguientes de la Constitución regulan las sesiones conjuntas, el funcionamiento en Pleno y en Comisiones, el carácter público de las sesiones plenarias, etc. Y junto a ello otros rasgos definitorios son la inviolabilidad de la sede (art. 66.3) y de los parlamentarios (art. 71); su permanencia en el tiempo garantizada por las respectivas Diputaciones Permanentes; y finalmente, su autonomía reglamentaria, financiera, administrativa u organizativa (art. 72).

La definición se completa con otro dato esencial como es el carácter imperfecto o descompensado del bicameralismo en favor del Congreso de los Diputados. Su predominio sobre la Cámara Alta se manifiesta en aspectos tan relevantes como su posición en el procedimiento legislativo, que se inicia en el Congreso, el cual tiene siempre la última palabra al poder rechazar las enmiendas o levantar los vetos introducidos en el Senado. Los decretos-leyes se someten a convalidación o derogación tan solo del Congreso de los Diputados (art. 86.2) y solo esta Cámara interviene en la investidura del presidente del Gobierno (art. 99), en la aprobación o rechazo de la cuestión de confianza planteada por este (art. 112) y puede hacerle dimitir exigiendo su responsabilidad mediante la aprobación de una moción de censura (art. 113). Además, la intervención parlamentaria en la declaración y prórroga de los estados de alarma, excepción y sitio y en la acusación por traición o delito contra la seguridad del Estado por parte del presidente y los demás miembros del Gobierno también se limita al Congreso.

Tras más de cuarenta años desde que se aprobó la Constitución, el balance sobre el funcionamiento del diseño constitucional, tan sumariamente descrito, no puede ser sino positivo. El juicio general, posiciones excéntricas al margen, coincide en reconocer el papel protagonista de las Cortes en la recuperación de la democracia en España y en el establecimiento de un régimen político homologable al de todos los Estados de nuestro entorno jurídico-político, que ha permitido también un período de desarrollo económico y social desconocido hasta el momento en nuestra historia.

Sin embargo, en el umbral de la XIV legislatura, es preciso recordar que desde hace algún tiempo estamos viviendo experiencias que hace unos años nos hubieran parecido hipótesis de laboratorio, más propias de la política-ficción que de la realidad cotidiana o probable. Por ejemplo, las legislaturas fallidas (XI y XIII) en que hubieron de repetirse las elecciones, la celebración de hasta tres sesiones de investidura en el mismo año 2016, o la aprobación de una moción de censura por primera vez en nuestra experiencia constitucional el 1 de junio de 2018. La institución parece haber superado con éxito estas y otras pruebas, manifestaciones de la sustitución del sistema bipartidista de alternancia en el Gobierno por una fragmentación del Parlamento característica del momento actual en toda Europa.

A ello se han unido otros problemas derivados de la crisis del modelo de distribu-

ción territorial del poder con su principal manifestación en Cataluña. Allí hubo de aplicarse, también por vez primera, el mecanismo previsto por el art. 155 de la Constitución, a raíz de la declaración unilateral de independencia formulada en el Parlamento de Cataluña el 27 de octubre de 2017, con todas las vicisitudes posteriores, que incluyeron la elección de cuatro diputados y un senador que se encontraban en situación de prisión preventiva y que hubieron de ser suspendidos en sus derechos como parlamentarios. Acontecimientos en los que algunos han querido ver el agotamiento del modelo del Estado autonómico diseñado en el título VIII y la necesidad de su modificación

En definitiva, este auténtico «test de estrés» que, afortunadamente, ha sido también aprobado con nota por el resto de instituciones a las que ha afectado (la Corona, el Tribunal Constitucional o los órganos del Poder Judicial), procede de un fenómeno bien conocido, diagnosticado y generalizado: el auge de los movimientos populistas y nacionalistas que, como si de una repetición cíclica de la Historia se tratara, reproduce en todo el mundo las circunstancias políticas de la tercera década del siglo xx.

Mirando al futuro y haciendo algo de autocrítica, debemos admitir que una de las causas de lo anterior es el alejamiento entre el Parlamento y la sociedad, de los representantes respecto de las demandas de sus representados o, al menos, de la percepción que estos últimos tienen. Cualquier modificación o reforma que, sin duda, van a plantearse, deberá tenerlo en cuenta. El reto no es sencillo de abordar, pero sabido es que el hombre debe dominar sus circunstancias, para que las circunstancias no le dominen a él. Las lecciones de la Historia tienen en este caso un valor especial para indicarnos el camino que no debe seguirse.

BIBLIOGRAFÍA

Astarloa Huarte-Mendicoa, I.: *El Parlamento moderno: importancia, descrédito y cambio*. Madrid: Iustel, 2017.

Giménez Martínez, M. Á.: *Historia del parlamentarismo español*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2017

Santaolalla López, F.: *Derecho parlamentario español*. Madrid: Dykinson, 2019. 2.ª ed. revisada

VV. AA.: *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Ó. Alzaga Villaamil, dir. Madrid: Cortes Generales 1996-1999.

VV. AA.: *Comentarios al Reglamento del Congreso de los Diputados*, M.ª Rosa Ripollés Serrano, coord. Madrid: Congreso de los Diputados, 2012.

Carlos Gutiérrez Vicén
Secretario General del Congreso de los Diputados
Letrado Mayor de las Cortes Generales

VER TAMBIÉN: ADMINISTRACIÓN PARLAMENTARIA / CONGRESO DE LOS DIPUTADOS / DIVISIÓN DE PODERES / ELECCIONES / ESTADO DEMOCRÁTICO / GRUPOS PARLAMENTARIOS / MANDATO PARLAMENTARIO / MOCIÓN DE CENSURA / ÓRGANOS CONSTITUCIONALES / PARLAMENTARISMO / PARLAMENTOS / PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO / REGLAMENTO PARLAMENTARIO / SENADO

COSTUMBRE JURÍDICA

«Norma creada e impuesta por el uso social», según la inmejorable definición de don Federico de Castro, tantas veces repetida, la costumbre sufre serios problemas para sobrevivir tras el surgimiento del Estado moderno y, en particular, de las Revoluciones liberales y burguesas: el Derecho escrito se impone desde entonces de forma contundente, como reflejan los Códigos y las Constituciones a partir del siglo XIX. En términos de Max Weber, la legitimidad «racional-legal» no deja espacio para la «tradicional». Sin embargo, la teoría y la práctica de las fuentes del Derecho se resiste, con buenos motivos, a identificar el *ius* con la *lex*, según el viejo dogma positivista. En realidad, como explica García de Enterría, «el legalismo exacerbado ha matado al positivismo».

La costumbre fue la fuente jurídica por excelencia en la Edad Media: durante siglos, el Derecho no se crea *ex novo*, sino que «el buen Derecho viejo» se *descubre* en el fondo mismo de la realidad social. Con el tiempo, se convierte en fuente claramente *secundaria*. El mejor ejemplo de Derecho positivo aparece en el art. 1.3 del Código Civil español: «la costumbre solo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral y el orden público y que resulte probada».

El debate sobre los elementos de la costumbre llena muchas páginas de buena doctrina. Es clásica la distinción entre: a) elemento externo o *material*, es decir, la repetición de actos prolongada en el tiempo, aunque no hay reglas fijas para determinar el tiempo necesario ni las veces que dichos actos deben repetirse, y b) elemento *interno* o *espiritual*, la siempre discutida *opinio iuris vel necessitatis*, la convicción de que al practicar esa conducta se está creando Derecho. Las teorías se multiplican sobre su naturaleza: voluntad tácita del soberano (desde Ulpiano); producto de la aplicación judicial del Derecho (sistemas de *Common Law*); eficacia social de la norma (escuelas sociológicas), y la más favorable al valor de la costumbre como fuente, la Escuela histórica de Savigny, a partir del concepto del Derecho como manifestación del *Volksgeist*. Por lo demás, en un terreno más práctico pero no menos confuso, debemos insistir en que la costumbre tiene como límites la «moral» y el «orden público» (conceptos abiertos por definición); que debe ser probada por quien la invoca, de modo que no opera la regla general *iura novit curia*, y que –como concluye el citado art. 1.3 del Código Civil– «los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad tendrán la consideración de costumbre», otra disposición más fácil de transcribir que de clarificar.

Sobre las *clases* de costumbre existe también una larga tradición doctrinal. Así, por su relación con la ley, están la costumbre *praeter legem*, la *secundum legem* y la (rechazable en términos de jerarquía normativa) *contra legem*. Técnicamente, el debate está superado hoy día: la costumbre no es superior a la ley (como en Derecho romano clásico o en el *Common Law*), ni tiene el mismo rango, con la excepción que veremos, sino que es una fuente de rango inferior que no puede derogar al Derecho escrito. Como decía el título preliminar del Código Civil en su versión original, merecidamente elogiada: no preva-

lece contra la ley ni el desuso ni la práctica en contrario.

Conviene examinar ahora la posición de la costumbre en diferentes ramas del ordenamiento jurídico, buena prueba del carácter heterogéneo de esta fuente del Derecho. Si comenzamos por el Derecho Constitucional, es notoria su relevancia en el Reino Unido, en forma de *convenciones* (A. V. Dicey), si bien la distinción conceptual nunca es muy precisa. De ese concepto histórico de Constitución surgen, entre otras instituciones, la Monarquía parlamentaria, el sistema de gabinete, la imparcialidad del Speaker o el estatus de la oposición de Su Majestad. Pero incluso en Constituciones escritas y racionalizadas aparecen restos (ni mucho menos irrelevantes) de formas consuetudinarias. Así, en la Constitución Española, los «derechos históricos de los Territorios Forales» (adicional primera) o el concejo abierto (art. 140) y los «tribunales consuetudinarios y tradicionales» (art. 125). No obstante, el debate principal gira en torno a la relación entre costumbre y mutación constitucional, cuya posible virtualidad en las circunstancias actuales ha sido planteada por Herrero de Miñón, desde su *auctoritas* como ponente constitucional.

También en Derecho Parlamentario la costumbre juega un papel importante, una vez más de acuerdo con el modelo británico de los precedentes (Erskine May). Hay bastante jurisprudencia del TC sobre esta materia: la costumbre en las Cámaras debe acreditarse y no basta con invocarla (STC 177/2002), debe ser unívoca (90/2005), etc… Una vez más, es difícil distinguirla de los «usos», por cuyo cumplimiento debe velar la Presidencia, y de los «precedentes», cuya trascendencia «nomotética» proclama, tal vez con excesivo énfasis, el propio TC (149/1990).

No obstante, con carácter general, el Derecho público es ámbito poco o nada propicio para la costumbre. Las razones son obvias: las Revoluciones liberales juegan su batalla jurídica en el terreno de la ley frente a los «abusos» y «privilegios» del Antiguo Régimen. Un repaso rápido al Derecho español confirma este planteamiento. En Derecho Administrativo, domina el principio de legalidad (9.3 y 103.1 CE) como reflejo de la seguridad jurídica (otra vez 9.3) y solo en casos muy concretos el Tribunal Supremo admite que apartarse del precedente (por ejemplo, en materia urbanística) puede dar lugar a un trato discriminatorio. Más de lo mismo en Derecho Tributario, con una curiosa excepción: la Ley del Impuesto de Sucesiones y Donaciones remite a los usos y costumbres para cuantificar los gastos de última enfermedad, entierro y funeral. En fin, nada puede invocarse a este respecto en Derecho Penal, pues el *nullum crimen…* y la exigencia de *lex previa, certa et scripta* son la seña de identidad de esta rama jurídica, desde C. Beccaria en adelante.

Todo lo contrario sucede en Derecho Internacional Público, donde la costumbre («práctica generalmente aceptada como Derecho») se equipara con los tratados, de acuerdo con el art. 38 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia. En rigor, el Derecho Internacional general deriva siempre de la costumbre y las normas escritas son prácticas codificadas, de modo que, según Jiménez de Aréchaga, muy citado en este ámbito, la «codificación» tiene sobre la costumbre efectos declarativos, cristalizadores o constitutivos, sin perjuicio de que –aclara el TIJ– siga funcionando como fuente autónoma. Distinta de esta fuente normativa *stricto sensu* es la *comitas gentium* o cortesía internacional, equiva-

lente –para Díez de Velasco– a los usos sociales en la Teoría general del Derecho. Un último apunte, muy significativo de la naturaleza del ordenamiento internacional: hace tiempo que el TIJ admite la figura del «objetor persistente», es decir, el Estado que no ha participado ni desea participar en la formación de la costumbre. Expresión, pues, de la soberanía, que sitúa la voluntad estatal como origen y fundamento de las obligaciones internacionales que contrae como sujeto del Derecho Internacional.

Por último, el Derecho privado. Además de funcionar como norma «cuasiconstitucional» en relación con las fuentes del Derecho en su título preliminar, en el Código Civil hay unas cuantas referencias a la creación social de Derecho en varios aspectos de las obligaciones y contratos. Algún ejemplo: el uso o la costumbre (*sic*: desde 1974, el citado título preliminar suprimió «del lugar») se tendrán en cuenta para interpretar las ambigüedades de los contratos (art. 1278 CC); los contratos obligan a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al «uso» y a la ley, etc. Más aún, el Derecho Mercantil es campo muy propicio para la costumbre por razones históricas, como prueba el viejo concepto de «usos del comercio». Ya no es el Código de Comercio, que habla de los usos «observados generalmente en cada plaza», la pauta adecuada para medir el presente y el futuro de una rama jurídica con vocación global. Pero es importante (y es un buen reto para la doctrina) determinar en qué medida el *soft law* deriva de prácticas comerciales consolidadas, más allá de una codificación internacional que se antoja difícil a medio plazo. En otro ámbito se sitúa, en fin, el Derecho laboral, apegado normativamente a la costumbre «local y profesional», sin olvidar la importancia práctica de los usos de empresa.

El futuro, pues, aparece lleno de incógnitas. Si el Derecho racional-estatal es enemigo por naturaleza de que perviva el Derecho consuetudinario, tal vez el mundo posmoderno encuentre en la costumbre el anclaje normativo que las normas escritas no pueden ofrecer, por causa de la hipertrofia legislativa que hace imposible garantizar la seguridad jurídica en los ordenamientos contemporáneos.

En fin, el estudio de la costumbre en una publicación de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas no puede olvidar el memorable discurso de ingreso (3 de febrero de 1901) de Joaquín Costa, con respuesta de Gumersindo de Azcarate, bajo el título «La ignorancia del Derecho», una brillante apología del Derecho consuetudinario y popular frente al anquilosado positivismo legalista.

BIBLIOGRAFÍA

Bobbio, N.: Voz «Consuetudine», en *Enciclopedia Giuridica*. Milano: Giuffrè, 1961.
De Castro, F.: *Derecho Civil de España*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1949.
Costa, J.: *La vida del Derecho*. Madrid: Aribau, 1876.
González-Trevijano, P.: *La costumbre en el Derecho Constitucional*. Madrid: Congreso de los Diputados, 1989.

Véanse también los tratados y manuales de Teoría y Filosofía del Derecho, Derecho Civil, Derecho Constitucional y Derecho Internacional Público, en los que se incluye sin excepción algún apartado sobre la costumbre.

M.ª Gemma Prieto
Profesora Adjunta de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales
Universidad CEU San Pablo

VER TAMBIÉN: CODIFICACIÓN / CÓDIGO CIVIL / *COMMON LAW* / DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO / GLOBALIZACIÓN / LEGALIDAD (Principio de) / ORDENAMIENTO JURÍDICO / SEGURIDAD JURÍDICA

CUESTIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD

El artículo 163 de la Constitución Española, incluido en el título IX («Del Tribunal Constitucional») dispone que: «Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos».

Con ese precepto, posteriormente desarrollado en los arts. 35 a 37 LOTC, el constituyente configuró un procedimiento de control de constitucionalidad de la ley que refuerza la función del TC como «juez de la ley». Pero al hacerlo, además, estableció un puente entre los dos modelos de control que en esta materia suelen distinguirse en el Derecho comparado: de una parte, el modelo difuso, cuyos orígenes pueden situarse en los Estados Unidos de América del Norte de comienzos del siglo XIX; y, de otra, el concentrado (o *kelseniano*), nacido y desarrollado fundamentalmente en Europa durante el siglo XX, y que es el adoptado por la mayoría de los Tribunales Constitucionales contemporáneos.

Efectivamente, con una perspectiva amplia, este procedimiento es tan importante por su funcionalidad concreta como por su significación o calado teórico e institucional. Desde el primero de esos puntos de vista, su estudio plantea las cuestiones propias de cualquier procedimiento jurídico-constitucional: titularidad de la iniciativa, plazos, requisitos, tramitación, efectos…, aspectos que, lógicamente, se encuentran desarrollados en la LOTC y precisados, cuando ha sido necesario, en la jurisprudencia del propio TC. Pero aquí importa prestar más interés al segundo, porque subraya la especificidad de este mecanismo al servicio de una (lógica) tendencia al reforzamiento de la Constitución como norma y del principio de constitucionalidad, por encima de las diferencias derivadas de ese doble modelo histórico de garantía de la Norma Fundamental.

Así pues, y en cuanto al procedimiento *stricto sensu*, cabe subrayar que se trata de una vía «incidental» de control de la constitucionalidad de las normas con rango o fuerza de ley (especificadas en el art. 27 LOTC) que el constituyente español (al igual que el alemán, el francés desde la reforma de 2008, o el legislador italiano) pone en manos de los órganos judiciales. De esta forma, estos pueden ejercer su función jurisdiccional sin detrimento de su posición constitucional, caracterizada por una doble subordinación a la ley («sometidos únicamente al imperio de la ley»: art. 117.1 CE) y a la Constitución («los… poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico»: art. 9.1 CE). En síntesis, cuando un órgano jurisdiccional (obligado a «resolver en todo caso los asuntos de que conozca…, ateniéndose al sistema de fuentes establecido»: art. 1.7 CC) «considere» que la norma con rango de ley que debería aplicar para la resolución del asunto es incompatible con la Constitución, ha de plantear la cuestión al TC, órgano que en nuestro modelo posee el monopolio de juzgar la ley y, en su caso, declarar su inconstitucionalidad y consiguiente nulidad.

En ese marco, son varias las cuestiones que la ley, la jurisprudencia y la doctrina constitucional han tenido que precisar. En primer lugar, la *iniciativa* corresponde *exclusivamente* al órgano

jurisdiccional, en tanto que tal (es decir, en el ejercicio de su función jurisdiccional, en el curso de un proceso y «una vez concluso el procedimiento» de que se trate). Ciertamente, puede plantearla «de oficio o a instancia de parte», lo que amplía enormemente el abanico de sujetos capacitados para suscitar el posible conflicto y –en esa misma medida– de invocar la protección de la Norma Fundamental; y para hacerlo ha de oír a las partes y al Ministerio Fiscal; ahora bien, es el órgano jurisdiccional el único sujeto habilitado para formalizarla, lógicamente mediante auto motivado.

A continuación, es preciso subrayar que el *objeto* de este procedimiento no es solo «una» norma con rango de ley; sino, precisamente, una que sea «aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo». Un aspecto central, que no solo determina el momento procesal en que puede plantearse («concluso el procedimiento y dentro del plazo para dictar… la resolución» pertinente), sino también los efectos de su planteamiento (que suspenderá el proceso «hasta que el TC resuelva», sea inadmitiendo la cuestión, sea sobre la cuestión misma). De ahí que este aspecto sea objeto de un doble examen: primero, en el ámbito del Poder Judicial, por el órgano que la plantea… o no (juicio *a quo*); después, por el TC (juicio *ad quem*, que es el «proceso constitucional propiamente dicho»: Pérez Tremps). Si bien ha de señalarse que el juicio *a quo* puede corresponder, excepcionalmente, al propio TC, el cual, al hilo de un procedimiento de amparo o de un conflicto en defensa de la autonomía local, puede plantear una «cuestión interna» (o autocuestión: arts. 55.2 y 75.quinquies.6 LOTC).

En esta última esfera, el TC examinará, en primer lugar, si la cuestión suscitada cumple con «las condiciones procesales» exigidas para su planteamiento (momento procesal, rango de la norma cuestionada, audiencia de las partes, etc.); si no es así, o si la cuestión «fuere notoriamente infundada», podrá rechazarla «en trámite de admisión, mediante auto» y oído solamente el fiscal general del Estado (37.1 LOTC). En cuanto a la apreciación de la aplicabilidad y relevancia de la norma cuestionada, «en principio» es un aspecto perteneciente a «la competencia jurisdiccional de los órganos promotores», por lo que el TC «realiza… un control meramente externo» que solo conduce al rechazo de la cuestión «en supuestos extraordinarios en que el juicio de relevancia no se exterioriza… o… incurre en un defecto absolutamente manifiesto o claramente irrazonable» (Pérez Tremps).

En cuanto a los *efectos* de la decisión adoptada por el TC sobre una cuestión, como es obvio dada su razón de ser, dicha decisión deberá comunicarse inmediatamente al órgano judicial que la planteó, el cual la notificará a las partes y queda vinculado por la misma para la decisión final del proceso en cuyo seno surgió.

El análisis de este procedimiento adquiere aún más interés si se adopta una perspectiva más amplia sobre su incidencia en el sistema constitucional globalmente considerado. Porque, en efecto, al encomendar a los órganos judiciales esta tarea de preservar la supremacía constitucional en todo tipo de procesos, no solo refuerza su condición de intérpretes ordinarios de la Constitución, sino también la de garantes del pacto constitucional, incluso frente a la voluntad mayoritaria expresada por la ley. De este modo se supera claramente la noción judicial característica de la tradición continental europea, que arranca de la conocida fórmula de Montesquieu según la cual el juez es «la boca que pronuncia las palabras de la ley» (*Les juges de la nation ne sont… que la bouche qui prononce les*

paroles de la loi; des êtres inanimés, qui n'en peuvent modérer ni la force, ni la rigueur, en *L'esprit des lois*, Liv. XI, Chap. VI). Como subraya Xiol Ríos, este instrumento de depuración del ordenamiento «permite la colaboración de los jueces en el examen de la constitucionalidad de las leyes» sin someterse a límite temporal alguno. Paradigmática es, en este sentido, la STC 126/1997, que resolvió una cuestión relativa a la preferencia del varón sobre la mujer en la sucesión de los títulos nobiliarios, y que ponía en cuestión «el art. 1 de la Ley de 4 de mayo de 1948, art. 5 del Decreto de 4 de junio de 1948, art. 13 de la Ley Desvinculadora de 1820, las Leyes 8 y 9 del Título XVII del Libro X de la Novísima Recopilación y la Ley 2 del Título XV de la Partida II». Ello además facilita la evolución de la jurisprudencia constitucional, dado que la cuestión (a diferencia del recurso, sometido a límites temporales estrictos) «puede tomar en consideración el efecto que la cambiante realidad social opera sobre el contenido de las normas».

Se trata, en definitiva, de un instrumento de garantía de la Constitución susceptible de ponerse en marcha en cualquier momento, al hilo de cualquier asunto suscitado ante un órgano jurisdiccional y en el que pueda ponerse de manifiesto la inadecuación de una norma con rango de ley, cuya aplicación podría producir efectos incompatibles con el marco valorativo de convivencia establecido por los preceptos constitucionales. Un mecanismo cuya relevancia, lógicamente, debería incrementarse a medida que dichos preceptos (y las leyes que los desarrollan) vayan incorporando connotaciones o significados nuevos, o alejándose de «la realidad social del tiempo» en que hayan de ser aplicados, según la conocida regla interpretativa establecida por el art. 3.1 del Código Civil.

BIBLIOGRAFÍA

Corzo Sosa, S.: *La cuestión de inconstitucionalidad*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

López Villa, J. M.: *La cuestión de inconstitucionalidad en el Derecho español*. Madrid: Marcial Pons, 2000.

Montesquieu: *De l'esprit des lois* (1748). En español, Madrid: Tecnos, 1980.

Pérez Tremps, P.: *Sistema de Justicia Constitucional*. Pamplona: Aranzadi, 2016. 2.ª ed.

Xiol Ríos, J. A.: «Artículo 163», en *Comentario a la Constitución Española. 40 aniversario. 1978-2018*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.

Nota: en todos los Manuales de Derecho Constitucional y Comentarios a la Constitución hay apartados específicos sobre esta materia

Ángel J. Sánchez Navarro
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad Complutense

VER TAMBIÉN: CONSTITUCIÓN / CONSTITUCIÓN NORMATIVA / ESTADO CONSTITUCIONAL / JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL / JURISPRUDENCIA / RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD / TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

DATOS PERSONALES

El derecho a la privacidad, a la vida privada, trae causa de las amenazas que existían antes de la informática. Básicamente se trataba de garantizar un derecho a vivir la propia vida con el mínimo posible de interferencias (que a uno le dejen en paz, que no le molesten, *the right to be let alone*, Warren-Brandeis, 1890). Se trataba de una clásica libertad negativa que se traduce en una obligación de abstención para terceros y poderes públicos y otorga garantías reaccionales frente a injerencias.

Sin embargo, este derecho ya no era suficiente frente a unas tecnologías que han penetrado totalmente en la vida moderna, especialmente por un tratamiento masivo de datos personales antes nunca imaginado. Datos personales no necesariamente han de ser íntimos, sino simplemente relativos a personas físicas identificadas. Incluso se protegen también los datos identificables, esto es, datos que, en manos de quienes tienen capacidad, pueden conectarse con personas. Así, poco a poco se ha requerido subrayar la necesidad de reconocer una capacidad de control y toda una serie de deberes y obligaciones (Westin, 1967), así como la creación de instituciones especializadas para garantizar el cumplimiento de nuevos deberes (Miller, 1969).

En Europa esta evolución se ha ido apreciando desde el Convenio 108 del Consejo de Europa, de 28 de enero de 1981 (reformado en 2018), y en la famosa sentencia del censo del Tribunal Constitucional Alemán de 1983. El conjunto jurisprudencial y normativo internacional ha ido reconociendo un derecho autónomo: así, el TEDH, en el caso *Leander,* de 26 de marzo de 1987, incluyó la protección de datos en el artículo 8 CEDH. En la UE, con el fin de evitar divergencias legislativas se aprobó la Directiva 95/46/CE sobre Protección de Datos Personales o la Directiva 97/66/CE sobre Protección de Datos y Telecomunicaciones (actualmente, Directiva 2002/58/CE y futuro Reglamento para 2020). En 1997 el derecho a la protección de datos pasó expresamente a los Tratados constitutivos de la UE. La STJUE de 20 de mayo de 2003, caso *Österreichischer Rundfunk*, reconoció este derecho como autónomo, y de modo expreso está reconocido desde 2000 en el artículo 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: 1) «Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que la conciernan»; 2) «Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernan y a obtener su rectificación»; 3) «El respeto de estas normas estará sujeto al control de una autoridad independiente». Tras más de 20 años, la Directiva de 1995 ha sido reemplazada por el muy importante nuevo Reglamento (UE) 2016/679 de 27 de abril de 2016 (y por la Directiva 2016/680 sobre tratamientos automatizados en materia penal y de justicia). Esta norma se aplica fuera de la UE a quien preste servicios dirigidos a la UE o haga perfilados de personas en la UE.

En España, la protección de datos ya fue regulada por Ley Orgánica 5/1992, luego la 15/1999 y actualmente por la 3/2018, que «adapta» a España el Re-

glamento europeo. Desde 1992 existe la Agencia Española de Protección de Datos como autoridad independiente especializada estatal, siendo obligatorias en todos los Estados de la UE. En Cataluña, País Vasco y Andalucía hay autoridades independientes con competencias esencialmente para el sector público. En ocasiones, estas autoridades son también responsables de la transparencia y el derecho de acceso a la información pública.

La STC 292/2000 ubicó este nuevo derecho en el artículo 18.4 CE como derecho autónomo de la intimidad y delimitó su contenido. Se trata de un derecho subjetivo que aglutina muchas facultades o derechos. Así: «el derecho a la protección de datos atribuye a su titular un haz de facultades […] el derecho a que se requiera el previo consentimiento para la recogida y uso de los datos personales, el derecho a saber y ser informado sobre el destino y uso de esos datos y el derecho a acceder, rectificar y cancelar [suprimir] dichos datos. En definitiva, el poder de disposición sobre los datos personales» (FJ 6). A estas facultades hay que añadir el «derecho a poder oponerse a esa posesión y uso requiriendo a quien corresponda que ponga fin a la posesión y empleo de los datos» (FJ 7). Asimismo, en la línea de la STJUE de 13 mayo de 2014, la STC 58/2018 ha incorporado el derecho al olvido, que en el nuevo Reglamento europeo se regula como derecho de supresión y también desarrolla la L.O. 3/2018. Este derecho puede suponer la desreferenciación de una persona entre los resultados de buscadores. También, la regulación de protección de datos, y con especial potencial frente al uso creciente de *big data* e inteligencia artificial, reconoce el derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos relevantes. Y en el caso de estas decisiones, se cuenta con el derecho a impugnarlas, a obtener una explicación y una intervención humana. Igualmente la reciente regulación incluye nuevos derechos, como la portabilidad de los datos por el titular de los mismos o la limitación del tratamiento. No obstante, dudosamente puede considerarse a estos últimos como integrantes del derecho fundamental.

Más allá de las facultades o derechos que incluye la protección de datos, hay que subrayar especialmente los llamados «principios». Se trata de auténticas reglas que son los pilares estructurales del régimen jurídico. Así, los datos han de ser recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos y no serán tratados ulteriormente de manera incompatible con dichos fines. Y de ello debe estar claramente informado el interesado. Los fines determinan también la proporcionalidad del tratamiento de datos, por cuanto los datos han de ser solo los adecuados y pertinentes, quedando limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados. Este principio de «minimización» de los datos adquiere una muy especial relevancia en la reciente normativa. También es muy destacable el principio de exactitud y actualización de los datos.

El tratamiento de datos ha de ser legítimo, para ello esencialmente se debe contar con el consentimiento del interesado o darse en el marco de un contrato. De lo contrario, es necesaria una ley con las garantías precisas de todo límite a un derecho fundamental (en este sentido, en especial STC 76/2019). Sin embargo, el consentimiento se ha demostrado una garantía muy escasa e incluso negativa para la protección de datos, dado que miles de millones de usuarios consienten o acep-

tan servicios a cambio de ceder sus propios datos de manera desproporcionada. De igual modo, la experiencia demuestra que muchos derechos y garantías de la protección de datos no se ejercen.

Ello ha llevado a pasar de un sistema reactivo a un sistema preventivo y proactivo. Aunque se cuente con una causa de legitimización como el consentimiento, el tratamiento puede ser ilícito por una desproporción o inadecuación con relación a la finalidad o por no contar con las garantías y medidas adecuadas. El responsable que trata datos debe demostrar que vela por el cumplimiento normativo especialmente de los principios, para ello tiene deberes de privacidad en el diseño y, por defecto, obligaciones de análisis de riesgos y de implantar medidas de seguridad continuamente adecuadas. Incluso se da la obligación de realizar un detallado estudio de impacto antes de hacer tratamientos más peligrosos. Las obligaciones y garantías se hacen más intensas cuando se tratan datos especialmente protegidos, esto es, datos que revelen el origen étnico o racial, las opiniones, datos genéticos, biométricos, relativos a la salud o a la vida sexual. La implantación de delegados de protección de datos en toda Administración y en grandes empresas es una garantía más en esta línea.

Dada la importancia de la explotación económica de los datos personales, especialmente por las grandes plataformas, uno de los grandes debates del siglo es la propiedad o los derechos a beneficiarse del tratamiento masivo de los datos por los particulares.

***

Se han planteado diversas cuestiones de protección de datos con la llegada de la Covid-19 (véase también la voz «Big data»). En términos generales las autoridades de protección de datos europeas y españolas han afirmado que el RGPD permite el tratamiento de datos sensibles sin consentimiento por razones de pandemia y de salud pública. Sin embargo, se requiere una habilitación en ley concreta. Para la investigación biomédica resulta especialmente útil la disposición adicional 17.ª L.O. 3/2018. Para otros tratamientos de datos contra el coronavirus la base legal por lo general es más débil y se encontraría en la legislación de salud que prevé restricciones de derechos en situaciones excepcionales. Más allá de la legitimación del tratamiento, en todos los casos es necesario el cumplimiento normativo y con él la minimización y seudonimización de los datos siempre que sea posible, que los datos no se cedan o se usen para finalidades incompatibles, la transparencia e información así como fuertes medidas de seguridad, especialmente de los datos relacionados con salud. Un tema relevante es el tratamiento de datos de salud en el ámbito laboral y respecto de acceso a establecimientos por clientes. Respecto de la toma de la temperatura o de otros indicadores de salud se parte de la legitimación general para hacerlo, si bien se debe optar por los sistemas de menor impacto, por registrar y guardar los datos solo si es necesario y solo comunicarlos a autoridades de salud y no usarlos para otras finalidades. En general deben evitarse sistemas que se vinculen con reconocimiento facial. No es necesario personal sanitario para las tomas de temperatura y, si es posible, debe consensuarse el sistema con los sindicatos. No se recomienda, pero no se prohíbe, el control de temperatura en los puntos de acceso de clientes. Asimismo, los sistemas inteligentes para detectar aglomeraciones deben evitar el almacenamiento de datos y la identificación de las personas.

BIBLIOGRAFÍA

Agencia Española de Protección de Datos, *Guía del Reglamento General de Protección de Datos para responsables de tratamiento*, Acceso en: https://www.aepd.es/media/guias/guia-rgpd-para-responsables-de-tratamiento.pdf

Agencia Española de Protección de Datos, *Guías* de la AEPD. Acceso en https://www.lopdencastellon.com/manuales-aepd-rgpd/ y en https://www.aepd.es/guias/index.html

BOE, *Código sistematizado normativa de protección de datos*, acceso en https://www.boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?id=55&modo=1&nota=0&tab=2

Comité Europeo de Protección de Datos, RGPD: Directrices, recomendaciones y buenas prácticas, en especial Directrices del Grupo del art. 29 relacionadas con el GDPR aprobadas por Comité en 2016. Acceso a los documentos en https://edpb.europa.eu/our-work-tools/general-guidance/gdpr-guidelines-recommendations-best-practices_es en

FRA, Agencia de Derechos Fundamentales UE. (2018). *Handbook on European data protection law (ed. mayo 2018),* European Union Agency for Fundamental Rights, Viena. 2018, Acceso en: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-coe-edps-2018-handbook-data-protection_es.pdf

Grupo del art. 29 de la UE, Dictámenes. Acceso en https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/index_en.htm

Martín y Pérez, José: «Artículo 8. Protección de datos de carácter personal», en A. Mangas (dir.) *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, Comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, 2009 acceso en https://www.fbbva.es/publicaciones/carta-de-los-derechos-fundamentales-de-la-union-europea-comentario-articulo-por-articulo/

Lorenzo Cotino Hueso
Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad de Valencia
Coordinador de www.derechotics.com

VER TAMBIÉN: ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA / AGENDA DIGITAL / BIG DATA / CIBERTERRORISMO / INFORMÁTICA JURÍDICA / OLVIDO (DERECHO AL) / VOTO ELECTRÓNICO

DEBERES CONSTITUCIONALES

Por «deber constitucional» debemos entender el conjunto de prescripciones contenidas en la Constitución Española que señalan obligaciones para el ciudadano; obligaciones que se justifican en atención a un valor superior o común considerado de «interés general» para la comunidad sociopolítica. Por tanto, se trata de la imposición de comportamientos, ya sea de hacer o no hacer, por el ordenamiento jurídico y, más concretamente, por un texto constitucional.

Corresponde, pues, su identificación dentro de la Constitución de 1978, es decir, ofrecer un listado, lo más completo posible, de los deberes en ella contenidos, pues no existe un listado definitivo y cerrado de «deberes constitucionales», aunque la sección 2.ª del título I lleve por título «De los derechos y *deberes* de los ciudadanos». Sobre la sistemática de los «deberes constitucionales» *ad intra* del texto constitucional y sobre su colocación en el conjunto del diseño constitucional conviene realizar una serie de observaciones. La primera, que no pueden ser entendidos como corolarios de los derechos fundamentales, por mucho que aparezcan referidos junto a aquellos. Por tanto, es posible una Constitución sin un listado de deberes. Es más, en el constitucionalismo más temprano fueron muy pocos los ejemplos, como el art. 21 de la Constitución francesa de 1793 que imponía al Estado el deber de socorro público de los ciudadanos sin empleo y ocupación. La segunda cuestión a considerar es que su aparición, o mayor desarrollo, coincide con el auge del modelo de constitucionalismo social. Así, son más frecuentes en el marco de Estados sociales y democráticos de Derecho. Este es el caso español, en el que para poder garantizar determinadas prestaciones estatales de carácter social o propias del Estado de Bienestar, el ciudadano debe corresponder y colaborar con el mantenimiento y sufragio de dichas prestaciones. V. gr. esta es la lógica propia de los deberes impositivos. La tercera cuestión es que en la sección 2.ª del capítulo II del título I CE (arts. 30 a 38), apenas se mencionan tres, siendo bastantes más los contenidos en el resto del articulado constitucional.

Así, además del deber de defender a España del art. 30 CE, de los deberes fiscales de sostenimiento de los gastos públicos del art. 31 CE y el deber de trabajar del art. 35 CE, podemos identificar otros en el resto de preceptos constitucionales. Por tanto, acogemos aquí un concepto amplio de «deber constitucional» que consideraría a todos aquellos preceptos que impongan obligaciones al ciudadano, aunque no lo identifiquen claramente como «deber constitucional». Es decir, que existen algunos que son formulados en términos menos explícitos o expresivos de su naturaleza de deber, porque la Constitución Española en su redacción utiliza expresiones más laxas como las del art. 27.4 CE: «La enseñanza básica es obligatoria y gratuita», el cual impone a los padres la obligación de que sus hijos reciban una formación básica, aunque no lo diga categóricamente. U otras más expresivas pero fuera de la sección 2.ª del título I. Así, el art. 45 CE: «Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo».

No obstante, aun no habiendo unanimidad en la doctrina ni en su número ni

en su clasificación, nos aventuramos a ofrecer un *mapa constitucional* de los «deberes» contenidos y/o dispersos asistemáticamente en el texto de la Constitución. Así, podemos concretar, siguiendo a los profesores De Esteban y González-Trevijano en su *Tratado de Derecho Constitucional-II* (2001), los siguientes:

A) *Deberes del Estado democrático* o aquellos a que está obligado el ciudadano en razón del principio de igualdad de oportunidades y del principio de solidaridad, en aras del interés colectivo. Se concretan en los siguientes:

   1. Deber de estudiar y recibir una formación básica que se deduce del art. 27.4 CE.
   2. Deberes militares del art. 30.1 CE, si bien con la eliminación del servicio militar obligatorio ha decaído como deber constitucional.
   3. Deberes en caso de grave riesgo, catástrofe o calamidad del art. 30.4 CE: «Mediante ley podrán regularse los deberes de los ciudadanos en los casos de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública».

B) *Deberes del Estado de Derecho* o los que se justifican en función del valor superior de justicia. Serían:

   1. Los deberes conyugales del art. 32.2 CE: «La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges…».
   2. Los deberes asistenciales de los padres del art. 39.3 CE: «Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda».
   3. El deber de colaborar con la Administración de Justicia, que establece el art. 118 CE: «Es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los jueces y tribunales, así como prestar la colaboración requerida por estos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto». Debe señalarse, apartándonos de la clasificación de los profesores antes citados, que el art. 125 CE se refiere a la participación de los ciudadanos en la Administración de Justicia; cuestión esta que tiene la doble vertiente de derecho-deber, tal y como se afirma en la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado.

C) *Deberes del Estado social*, que encuentran su justificación en el principio de solidaridad y son:

   1. El deber de trabajar del art. 35 CE: «Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo…».
   2. Los deberes tributarios o de contribución al sostenimiento de gastos públicos del art. 31.1 CE: «Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica…».
   3. El deber de conservar el medio ambiente en el art. 45.1 CE.

D) *Deberes del sistema parlamentario de gobierno,* que se concretan en el deber de comparecer ante las Comisiones parlamentarias de investigación, *ex* art. 76.2 CE: «Será obligatorio comparecer a requerimiento de las Cámaras. La ley regulará las sanciones que puedan

imponerse por el incumplimiento de esta obligación».

E) *Deberes del Estado de las Autonomías*, que se concreta en el deber de conocer el castellano del art. 3 CE: «El castellano es la lengua española oficial del Estado. Todos los españoles tienen el deber de conocerla y el derecho a usarla».

Por último, conviene no olvidar que también es posible hablar de «deberes constitucionales» respecto del Estado y no solo respecto de los ciudadanos. De ello es ejemplo el capítulo III del título I de la Constitución Española que regula los «Principios rectores de la política social y económica» y en donde es frecuente encontrar afirmaciones como: «Los poderes públicos aseguran…», «Los poderes públicos promoverán…», «Los poderes públicos mantendrán…», «El Estado velará…». En consecuencia, en la formulación de los «deberes constitucionales» por el constituyente español ocupa un papel protagonista la actuación positiva de los poderes públicos, y no solo de los ciudadanos, aunque la sanción a aquellos que no cumplan queda más difusa porque la Constitución es bastante menos coactiva en su planteamiento que en el caso de los ciudadanos.

Para terminar, la letra del art. 86 CE elimina la posibilidad de que su regulación legal se realice por decreto-ley, lo que supone una garantía para el ciudadano en el caso de los deberes recogidos en el título I, como consecuencia de la interpretación sistemática de la expresión: «que no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el título I». El resto, parece que no estarían afectados por esta limitación, si adoptamos un criterio estrictamente literal de interpretación de la norma. Por tanto, y en línea con esta última afirmación, la conclusión no puede ser otra que la de insistir en la necesidad de su reordenación en el seno del texto constitucional para fijar expresa y taxativamente los deberes tanto de los ciudadanos como de los poderes públicos. Junto a ello sería recomendable una reordenación del contenido del título I, previendo, quizás, un capítulo único destinado a los «deberes constitucionales», en aras de una mejor sistemática e interpretación del concepto de «deber constitucional». Se cerrarían, así, determinadas insuficiencias de dicho título en cuanto a sistemática y contenido, derivadas de su dificultosa negociación durante el periodo constituyente.

BIBLIOGRAFÍA

Díaz Revorio, F. J.: «Sobre el concepto de deber constitucional y los deberes en la Constitución Española de 1978», en *Pensamiento Constitucional*, 16 (2012).

Goig Martínez, J. M.: «La constitucionalización de los deberes», en *Revista de Derecho Político de la UNED*, 9 (2011).

González Hernández, E.: «El debate constituyente sobre el título I de la Constitución Española de 1978 o la "Constitución cenada"», en *Historia Constitucional*, 20 (2019).

Rebato Peño, M.ª E., «Los deberes constitucionales. En especial, defender a España y contribuir al gasto público», en B. Pendás, dir.: *España constitucional (1978-2018): Trayectorias y perspectivas,* t. III, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2018.

RUBIO LLORENTE, F., «Los deberes constitucionales», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 62 (2001).

Esther GONZÁLEZ-HERNÁNDEZ
Profesora Titular de Derecho Constitucional
Universidad Rey Juan Carlos

VER TAMBIÉN: CONSTITUCIÓN / DEFENSA / DERECHO FINANCIERO Y TRIBUTARIO / DERECHOS FUNDAMENTALES / DERECHOS SOCIALES / ESTADO SOCIAL / MEDIO AMBIENTE / OBLIGACIÓN JURÍDICA

DECRETO LEGISLATIVO

El fundamento de los decretos legislativos es el mismo que justifica los decretos leyes, esto es, la necesidad de atribuir al Gobierno capacidad legislativa para hacer frente a las exigencias que la economía y la sociedad actual imponen a los poderes públicos. Ambos tipos de norma se explican porque el Ejecutivo parece más capaz de solucionar problemas urgentes o de alta densidad técnica que las Cortes Generales. Estas, por su naturaleza representativa, están dotadas de mayor legitimidad, pero no tienen la suficiente agilidad procedimental ni el nivel de especialización que la regulación de ciertas materias requiere. Ahora bien, el decreto legislativo se diferencia del decreto ley en aspectos sustanciales, ya que, mientras que este último, por obedecer a razones de extraordinaria y urgente necesidad, es convalidado por el Congreso una vez que ya ha entrado en vigor, el decreto legislativo responde a la técnica de la delegación, en virtud de la cual el Parlamento autoriza previamente al Gobierno a legislar sobre determinadas materias especialmente complejas.

Los constituyentes regularon la delegación legislativa con mucho detalle (arts. 82-85 CE) para evitar que, como había ocurrido en el pasado, el Ejecutivo abusara de la figura. Lo cierto es que alguno de estos preceptos es redundante (como sucede con el art. 83 CE), otro es más propio de un reglamento parlamentario (lo que ocurre con el art. 84 CE) y otro, esto es, el art. 85 CE carece de eficacia jurídica, por contener una mera definición semántica. La desconfianza de los constituyentes frente a la figura se ha demostrado, además, poco fundamentada. Desde que entró en vigor la Constitución, el número de decretos legislativos ha sido muy limitado, casi diez veces menor que el de decretos leyes, que asciende a 643.

La delegación legislativa se articula en torno a dos figuras que tienen sustantividad propia: de un lado, las leyes de delegación, mediante las cuales las Cortes Generales autorizan al Gobierno a legislar; de otra, los decretos legislativos, esto es, las normas con fuerza de ley mediante las cuales el Ejecutivo hace uso de dicha habilitación. Vamos a destacar algunos de sus rasgos más característicos.

La Constitución es exigente al regular las leyes de delegación, ya que rodea a esta figura de requisitos y límites, destinados a evitar que la mayoría parlamentaria renuncie a la potestad legislativa en favor del Ejecutivo, mediante delegaciones excesivamente genéricas o ilimitadas.

Por eso, el art. 82.3 CE impone, en primer lugar, que solo el Gobierno haga uso de la delegación, sin que sea posible autorizar la subdelegación a autoridades distintas. Hay, en segundo lugar, exigencias de carácter temporal. En efecto, la ley de delegación deberá indicar expresamente el plazo del que dispone el Gobierno para dictar el decreto legislativo. Aunque el art. 82.3 CE excluye, expresamente, que la delegación se conceda por tiempo indeterminado, el Tribunal Constitucional ha admitido que el propio legislador prorrogue, en otra ley, el plazo inicialmente previsto (STC 61/1997). En tercer lugar, el mismo precepto impone que la delegación se realice de forma expresa y para materia concreta. Esta última exigencia constitucional ha sido interpretada por el Tribunal Constitucional de manera bastante flexible. En efecto, la STC 13/1992 reconoce que basta con que la ley de de-

legación haga referencia a un «sector delimitado de intervención legislativa y administrativa que no puede ser tachado de equívoco o indefinido por su amplitud y generalidad». Además, el art. 82.1 CE impide delegar en el Gobierno la regulación de materias reservadas a la ley orgánica.

El art. 82.2 CE configura dos tipos de leyes de delegación, esto es, las leyes de bases y las leyes ordinarias que autorizan la refundición de textos legales en uno solo.

En las primeras, las Cortes Generales establecen los principios y criterios que han de seguirse en el ejercicio de la delegación (art. 82.3 CE). Aunque el Parlamento toma las principales decisiones sobre la orientación que debe seguir la regulación, el Gobierno goza de cierta libertad a la hora de desarrollar dichas directrices.

En nuestra Historia constitucional las leyes de bases sirvieron para dictar grandes textos legislativos que siguen vigentes en la actualidad, aunque con profundas modificaciones, como son el Código Civil (Real Decreto de 24 de julio de 1889) o la Ley de Enjuiciamiento Civil (Real Decreto de 14 de septiembre de 1882). También fueron usadas en los primeros años de vigencia de la Constitución, especialmente tras la adhesión de España a las Comunidades Europeas, ya que una ley de bases (Ley 47/1985) delegó en el Gobierno la tarea de adecuar nuestro ordenamiento a las exigencias de dichas organizaciones supranacionales. Ahora bien, las leyes de bases nunca han adquirido la importancia que tuvieron en el pasado (desde la entrada en vigor de la Constitución, y según los datos del Congreso de los Diputados, solo ha habido 35 reales decretos legislativos en desarrollo de leyes de bases) y, a día de hoy, están en total desuso. En efecto, el último real decreto legislativo que se dictó fue en 1994 (R.D.L. 2/1994)

La delegación legislativa se hace mediante una ley ordinaria cuando se autoriza al Gobierno a refundir varios textos legales en uno solo. Según el 82.5 CE, dicha ley deberá concretar el ámbito normativo de la delegación, cuyo contenido puede obedecer a dos modelos. Así, es posible que el Parlamento autorice al Gobierno a la mera refundición de normas ya existentes en el sistema jurídico. En este supuesto, la labor del Ejecutivo es puramente técnica y no creadora, ya que solo consiste en ordenar la variedad de normas que afectan a una determinada materia, sin que pueda modificar dicha regulación. Pero las Cámaras también pueden habilitar al Gobierno para llevar a cabo dicha tarea regularizando, aclarando o armonizando los textos legales que han de ser refundidos. En este caso, aunque la tarea del Ejecutivo sigue siendo eminentemente técnica, goza de mayor grado de libertad.

Este tipo de leyes son más frecuentes que las leyes de bases, aunque no demasiado. Desde la entrada en vigor de la Constitución se han dictado 46 reales decretos legislativos que aprueban textos refundidos en materias tales como contaminación, discapacidad, medicamentos, mercado de valores, etc. Los más polémicos fueron, quizá, los elaborados durante la X legislatura, porque se refirieron a temas de tanta transcendencia como son el Estatuto de los Trabajadores (R.D.L. 2/2015), empleo (R.D.L. 3/2015), Seguridad Social (R.D.L. 8/2015) o régimen del suelo (R.D.L. 7/2015). El más reciente, en esta fecha, es el que se dictó en 2016 (R.D.L. 1/2016, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de prevención y control integrados de la contaminación).

La definición del decreto legislativo no presenta, en principio, dificultad. Es, en efecto, una norma con fuerza de ley, ela-

borada por el Gobierno previa autorización de las Cortes Generales, sobre materias no excluidas por la Constitución. Para elaborar dichas normas el Gobierno ha de seguir el procedimiento establecido en el art. 26 de la Ley 50/1997, del Gobierno, debiendo requerir el dictamen del Consejo de Estado si así lo considerara conveniente (art. 21. 3 L.O. 3/1980. La mayor dificultad estriba en definir la naturaleza jurídica de los decretos legislativos y, en consecuencia, el control al que están sometidos. Este tema fue objeto de debate en los primeros años de vigencia de la Constitución, porque se enfrentaron dos concepciones contrapuestas. De un lado, García de Enterría mantenía, como había dicho durante los últimos años del franquismo, que el Gobierno desempeñaba su potestad reglamentaria. Si el decreto legislativo adquiría fuerza de ley era en virtud de la delegación operada previamente por las Cortes Generales y dicha fuerza se conservaba únicamente si el Gobierno respetaba los límites y requisitos por el Parlamento. Por ello, los contenidos que no cumplieran con esta condición no adquirían dicho rango, sino que tenían naturaleza meramente reglamentaria.

Frente a esta concepción otros autores (Ignacio de Otto, por ejemplo) mantuvieron que la actividad del Gobierno era plenamente legislativa, en consonancia con el refuerzo del Ejecutivo que caracteriza a nuestro parlamentarismo racionalizado. En caso de que el decreto legislativo excediera o incumpliera lo establecido en la ley de delegación, la consecuencia debía ser la invalidez del mismo. La interpretación que ha predominado finalmente es la primera, ya que resulta más coherente con el tipo de control que configura la Constitución y otras normas de nuestro ordenamiento.

El art. 82.6 CE establece que, sin perjuicio de la competencia propia de los tribunales, las leyes de delegación podrán establecer en cada caso fórmulas adicionales de control. Los arts. 152 y 153 del Reglamento del Congreso de los Diputados han articulado una forma de control político sobre la actuación del Gobierno que no reviste excesiva complejidad teórica. En efecto, según dichos preceptos, los Grupos parlamentarios y los diputados podrán formular objeciones al decreto legislativo en un escrito dirigido a la Mesa en el mes siguiente a la publicación del texto elaborado por el Gobierno. Dichos reparos deberán ser remitidos a la Comisión correspondiente, que emitirá un dictamen. Este se someterá a debate en el Pleno de la Cámara. Los efectos jurídicos de esta forma de control serán los que determine la ley de delegación.

Mucho más polémica ha sido, sin embargo, la mención a la competencia de control que el art. 82.6 CE atribuye a los tribunales, dado que parecía contradecir el carácter concentrado del control de constitucionalidad que caracteriza a nuestro ordenamiento. La atribución de dicha fiscalización no solo al TC, sino también a otros órganos jurisdiccionales seguía de cerca la concepción acerca de la naturaleza reglamentaria de los decretos legislativos propuesta por García de Enterría, a la que antes se ha hecho referencia, y es la solución que acabó prevaleciendo. En efecto, fue ratificada por el art. 27.2.b de la LOTC, precepto que establece que, en el caso de los decretos legislativos, la competencia del TC se entiende sin perjuicio de la que corresponde a otros tribunales. También se recogió en art. 1.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que expresamente atribuye a dicho orden jurisdiccional el conocimiento de las pretensiones

que se deduzcan en relación con los decretos legislativos cuando excedan los límites de la delegación. Es, por último, la solución que ha sido confirmada por el TC. Dicho órgano ha aclarado, además, cómo se articulan sus competencias con las que corresponden a la jurisdicción contencioso-administrativa. A partir del ATC 69/1983, el Tribunal ha señalado que pertenece al ámbito normal del juez «inaplicar los decretos legislativos en lo que exceden de la delegación o más propiamente el no conferir al exceso el valor de ley». El TC se ha reservado, sin embargo, juzgar si el decreto legislativo es conforme al propio texto constitucional, tanto por razones materiales como procedimentales (STC 166/2007).

BIBLIOGRAFÍA

De Otto, I.: *Derecho Constitucional, sistema de fuentes*. Barcelona: Ariel, 1987.

García de Enterría, E.: *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control jurisdiccional*. Madrid: Civitas, 1970.

Jiménez Campo, J.: «El control jurisdiccional y parlamentario de los decretos legislativos», en *Revista de Derecho Político*, 10 (1981).

Martínez Vázquez, F.; Galindo Elola-Olaso, F.; Cabrera, M.: Sinopsis del artículo 82 de la Constitución, en: http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=82&tipo=2. Visitado 9 octubre 2019.

Santamaría Pastor, J. A.: *Fundamentos de Derecho Administrativo*. Madrid: Iustel, 1988.

Paloma Biglino Campos
Catedrática de Derecho Constitucional
Universidad de Valladolid
Ex Directora del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales

VER TAMBIÉN: CONGRESO DE LOS DIPUTADOS / COMUNIDADES AUTÓNOMAS / DECRETO-LEY / DERECHOS FUNDAMENTALES / ESTADO DEMOCRÁTICO / GOBIERNO / LEYES / ORDENAMIENTO JURÍDICO / PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO / REGLAMENTO ADMINISTRATIVO / TÉCNICA NORMATIVA

DECRETO-LEY

En una aproximación preliminar, un Decreto-ley (DL) es una norma que, en una situación de urgencia, en la que no es posible esperar a la tramitación parlamentaria de una ley, dicta el Gobierno *(Decreto)* con rango de ley *(Ley)* y sometida a su ratificación parlamentaria.

El presupuesto de esta figura es, pues, un marco estructural de división de poderes, en el que el Parlamento, órgano que asume la representación del pueblo titular de la soberanía, tiene reservada la potestad de dictar normas con rango de ley, correspondiendo al Ejecutivo solo la adopción de normas de rango reglamentario, subordinadas a aquellas. Pues bien, supuestos, (i) de una parte, el tiempo que, por razón de su carácter pluripartidista, de la necesidad de tutelar los derechos procedimentales de las minorías, de la publicidad de su actuación y de la mecánica de su funcionamiento, necesariamente emplean las Cámaras parlamentarias en la tramitación de las leyes y, (ii) de otra, la necesidad de reaccionar sin demora ante las apremiantes situaciones que la realidad presenta, se hace imprescindible (y así ocurre en otros países de nuestro entorno) reconocer al Gobierno, con carácter excepcional, la potestad de dictar normas con rango de ley dotadas de eficacia inmediata, pero necesitadas, para que esta se mantenga indefinidamente, de la ulterior conformidad parlamentaria.

En la actualidad se regulan, en el ámbito estatal (al que se ceñirán las líneas siguientes), en los arts. 86 CE y 151 del RCD y, en las Comunidades Autónomas en las que, como consecuencia de reformas estatutarias, existe esta figura, en los respectivos Estatutos de Autonomía, leyes reguladoras del Gobierno y reglamentos parlamentarios.

El régimen jurídico actual puede resumirse en los términos siguientes:

1. Para que pueda dictarse un DL, es necesario que concurra una situación de *extraordinaria y urgente necesidad*. El Tribunal Constitucional caracteriza tal presupuesto fáctico habilitante por referencia a las situaciones que por razones difíciles de prever requieran una acción normativa inmediata, en un plazo más breve que el requerido por el procedimiento legislativo ordinario o de urgencia, reconociendo el peso que, en la apreciación de su concurrencia, debe reconocerse al juicio político del Gobierno. Al TC corresponde, en relación con este extremo, un control externo, constreñido, (i) en el plano formal, a verificar que el Gobierno ha justificado de manera explícita y razonada la concurrencia de la situación, a cuyo efecto ha de procederse a una valoración conjunta del preámbulo del DL, del debate parlamentario de convalidación y del expediente de su elaboración, y, (ii) en el plano sustantivo, a comprobar que tal justificación no es abusiva o arbitraria.
2. En cuanto al contenido, será necesario, ante todo, que exista una *conexión de sentido* entre la situación constatada y las medidas adoptadas para hacerle frente, de manera que estas guarden relación directa o de congruencia con aquella, quedando excluidas de su ámbito las disposiciones que, por su estructura misma,

independientemente de su contenido, no modifican de manera instantánea la situación jurídica existente. Por otra parte, el art. 86 CE establece una reserva material negativa de DL, disponiendo que no podrá afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el título I de la propia CE, al régimen de las Comunidades Autónomas ni al Derecho electoral general. El TC ha realizado una aproximación casuística a tales límites, señalando, no obstante, con carácter general, que un DL no puede desarrollar ni afectar de manera frontal a dichos derechos y, por lo que atañe a la materia tributaria, que excede del ámbito del DL cualquier intervención normativa que, por su entidad cualitativa o cuantitativa, altere sensiblemente la posición del obligado a contribuir según su capacidad económica en el conjunto del sistema.

3. Dentro de los treinta días siguientes a su promulgación, el DL ha de ser sometido a debate y votación de totalidad (esto es, sin posibilidad de presentación de enmiendas) en el Pleno del Congreso de los Diputados o, en su caso, en la Diputación Permanente de dicha Cámara. El debate comienza con la exposición por un miembro del Gobierno de las razones que han obligado a la promulgación del DL, a la que siguen turnos a favor y en contra y fijación de posición por los Grupos parlamentarios. Tras el debate, se somete a votación la *convalidación* (*rectius*, *ratificación) o derogación* del DL. De acordarse aquella, adquiere vigencia indefinida. En caso contrario, queda expulsado del mundo jurídico con efectos *ex nunc*, subsistiendo, por ende, los efectos de las situaciones jurídicas constituidas a su amparo durante su vigencia. Si el DL es convalidado, se someterá a votación, a petición de cualquier Grupo parlamentario, su tramitación como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia, derogando la denominada ley de conversión, una vez que entre en vigor, el DL en el que halló su origen.

4. Supuesto el rango de Ley propio del DL, el monopolio de su rechazo por razón de *inconstitucionalidad* corresponde al TC, siendo inadmisible el recurso contencioso-administrativo directo que contra él pudiera interponerse. Ello sin perjuicio de que los órganos integrantes del Poder Judicial puedan y deban inaplicarlo por ser contrario al Derecho de la Unión Europea, bien por su propia autoridad (si concurre un supuesto de «acto claro» o de «acto aclarado»), bien previo planteamiento de cuestión prejudicial ante el TJUE.

Existe un clamor generalizado contra la utilización abusiva del DL realizada en la práctica por los Gobiernos de todo signo político. En torno a un 25% del total de las normas estatales con rango de ley dictadas desde que entró en vigor la CE han sido decretos leyes. Y este porcentaje ha sido superior en los últimos años, como consecuencia de la crisis económica y de la inestabilidad gubernamental. Por otra parte, no es infrecuente que la mayoría parlamentaria se oponga a la tramitación como proyectos de ley. En los últimos años, el TC parece haber endurecido, ciertamente, la aplicación de su doctrina general en la materia, que ha permanecido inalterada, no siendo pocos los que han sido total o, más frecuentemente, parcialmente anulados por aquel, pero, con todo, la situación es francamente insatisfactoria.

Han sido muchas las propuestas formuladas para corregir el actual estado de cosas. Sin exceso de optimismo, pues la tentación de abusar del poder y la debilidad frente a ella parecen inherentes a la naturaleza humana, se formulan a continuación tres sugerencias:

1. El TC podría, en primer término, exigir con rigor, como requisito de legitimidad del DL, la cumplida acreditación por el Gobierno de que la satisfacción de los objetivos pretendidos mediante su adopción no podía realmente esperar el tiempo necesario para la aprobación de una ley mediante el más rápido de los procedimientos parlamentarios disponibles. Téngase en cuenta, (i) que en el procedimiento de urgencia los plazos se reducen a la mitad de los establecidos para el ordinario, disponiendo el Senado solo de veinte días naturales para pronunciarse, y (ii) que ambas Cámaras han interpretado con notable laxitud el presupuesto fáctico habilitante del procedimiento de lectura única, de duración sensiblemente inferior al de urgencia. La reforma de los Reglamentos parlamentarios para reconocer al Gobierno el derecho a que se apliquen tales procedimientos en situaciones de extraordinaria y urgente necesidad parece un necesario complemento de este reforzado control del TC
2. Asimismo, el propio TC podría modular su doctrina en punto a la viabilidad de que el DL regule materias no reservadas formal o materialmente a la ley, bien excluyendo tal posibilidad, bien intensificando su control cuando se haga realidad. Es cierto que no existe en nuestro ordenamiento la figura de la reserva reglamentaria, que puede ser más rápido dictar un DL que un decreto y que, en ocasiones, la respuesta a la situación exigirá modificaciones de normas de rango tanto legal como reglamentario, lo que hace apropiada la adopción de un único instrumento que contenga todas ellas. Pero también lo es que, conceptualmente, no parece fácil sostener que, para hacer frente a una situación de extraordinaria y urgente necesidad, es necesaria una norma con rango de ley cuando es jurídicamente posible responder mediante una norma reglamentaria. Máxime si se pondera (i) que el DL entraña una derogación singular del principio democrático que reserva al Parlamento la adopción de leyes, (ii) que se burla así el derecho de audiencia de los ciudadanos en el procedimiento reglamentario (art. 105, a CE), (iii) que se limita sustancialmente el derecho a la tutela judicial efectiva de los afectados por el DL, que solo podrán recurrirlo indirectamente con ocasión de la impugnación directa de una actuación administrativa aplicativa del mismo, solicitando del órgano judicial que conozca del recurso que plantee cuestión de inconstitucionalidad sobre el DL aplicado, y (iv) que el art. 27 de la Ley 50/1997, del Gobierno, simplifica y agiliza considerablemente el procedimiento reglamentario en supuestos de urgencia (no pudiendo descartarse la conveniencia de modificar aquel para hacer todavía más expedito el ejercicio de la potestad reglamentaria en situaciones de extraordinaria y urgente necesidad).
3. Por último, parece conveniente promover la tramitación como proyectos de ley de los decretos leyes convalidados. Y es que la existencia de una situación excepcional puede legitimar el empleo por el Go-

bierno de la potestad legiferante extraordinaria, pero, una vez afrontada aquella situación, no hay ninguna razón que impida recuperar, en la mayor medida posible, el orden normal de distribución de potestades normativas, tramitando el DL como proyecto de ley, con irrestricta capacidad de enmienda de las Cámaras y con «figura y estrépito» de procedimiento parlamentario. A tal fin, podría plantearse modificar el RCD al objeto de establecer la presunción normativa, susceptible de ser destruida por resolución expresa en contrario, del acuerdo plenario de tramitación como proyectos de ley de los ya convalidados, de modo análogo a la presunción de delegación en las Comisiones de la competencia legislativa plena (art. 148.1 RCD).

***

Debe finalmente ponerse de relieve que el recurso a la figura del DL se ha intensificado con ocasión de la declaración del estado de alarma por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, habiéndose dictado once decretos leyes desde aquella hasta la tercera semana del mes de mayo de 2020, mientras que en tal periodo no ha sido aprobada ninguna ley.

La declaración del estado de alarma ha determinado la aparición de un grupo normativo de excepción, en el que se integran (i) el art. 116 de la Constitución, (ii) la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, (iii) el Real Decreto de declaración del estado de alarma y los que acuerdan las prórrogas de este (que tienen fuerza de ley a efectos de determinar la incompetencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo para su control –STC 83/2016–) y (iv) las Órdenes Ministeriales dictadas por las autoridades competentes delegadas. Dicho grupo normativo, separado del resto del ordenamiento jurídico (el ordenamiento de la normalidad) por razón del fin al que se orienta («asegurar el restablecimiento de la normalidad» –art. 1.2 de la L.O. 4/1981– alterada por la epidemia de COVID-19), desplaza temporalmente, en su ámbito material propio delimitado teleológicamente, en virtud de la fuerza normativa del art. 116 CE, a cualesquiera otras normas, cualesquiera que sean su rango y la autoridad de la que emanen, las cuales devienen inaplicables durante la vigencia del estado de alarma. En tal ámbito material propio del grupo normativo de excepción, los decretos leyes son innecesarios, pues las normas que integran aquel son aptas de por sí para producir los efectos que se derivarían de la adopción de los mismos.

En el resto del ordenamiento jurídico, el sistema de fuentes subsiste sin alteración formal durante la vigencia del estado de alarma, por más que la situación fáctica determinante de la declaración de aquel legitima con naturalidad la utilización del DL, con sujeción a los límites generales antes expuestos, para corregir los graves y negativos efectos económicos y sociales de la epidemia. La práctica muestra, no obstante, la «invasión» ocasional por el DL del ámbito material específico del grupo normativo de excepción, llegando incluso a la modificación material de previsiones contenidas en el Real Decreto de declaración del estado de alarma. Sin perjuicio de reconocer la dificultad de delimitar con precisión dicho ámbito, tal práctica parece acreedora a una valoración desfavorable, pues el DL debiera mantener su rol de instrumento excepcional dentro del ordenamiento de la normalidad.

BIBLIOGRAFÍA

Aragón Reyes, M.: *Uso y abuso del Decreto-Ley. Una propuesta de reinterpretación constitucional*. Madrid: Iustel, 2016.

Astarloa Huarte-Mendicoa, I.: «Teoría y práctica del Decreto-Ley en el ordenamiento español», en *Revista de Administración Pública*, 106 (1985).

Carmona Contreras, A.: «El Decreto-Ley: configuración constitucional y praxis aplicativa», en la obra colectiva dirigida por B. Pendás *España constitucional (1978-2018). Trayectorias y perspectivas*. Madrid: CEPC, 2018, t. III.

Doménech Pascual, G.: «Tutela judicial efectiva frente a medidas gubernamentales blindadas por Decreto-Ley», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, 198 (2019).

Salas Hernández, J.: *Los Decretos-Leyes en la Constitución Española de 1978*. Madrid: Civitas, 1979.

Juan José Lavilla Rubira
Abogado
Letrado de las Cortes Generales (excd.)
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad Complutense

VER TAMBIÉN: CONGRESO DE LOS DIPUTADOS / COMUNIDADES AUTÓNOMAS / DECRETO LEGISLATIVO / DERECHOS FUNDAMENTALES / ESTADO DEMOCRÁTICO / GOBIERNO / LEYES / ORDENAMIENTO JURÍDICO / PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO / REGLAMENTO ADMINISTRATIVO / TÉCNICA NORMATIVA

DEFENSOR DEL PUEBLO

El Defensor del Pueblo es una institución inspirada en el Ombudsman, un comisionado del Parlamento para el control de la actividad de la Administración que se incorporó en 1809 a la Constitución de Suecia. Actualmente esta figura existe en un gran número de Estados nacionales y también en organizaciones internacionales, como la Unión Europea, con el objetivo de garantizar los derechos fundamentales. Su expansión tuvo lugar: primero, en los ordenamientos europeos posteriores a la Segunda Guerra Mundial; y, más tarde, en las últimas décadas del siglo xx, en España y Portugal; en los países latinoamericanos, por influencia sobre todo del modelo español; y en los nuevos sistemas democráticos en la Europa del Este tras la caída del comunismo. Más allá de las diferencias organizativas o competenciales que puedan existir entre ellos, sus elementos comunes definitorios son: es un órgano vinculado al Parlamento, que lo elige mediante una mayoría reforzada; goza de una posición de independencia para el ejercicio de su función, y recibe quejas de particulares, relativas a actos de los poderes públicos que lesionan sus derechos, las investiga y propone soluciones a las mismas, dando cuenta de todo ello al Parlamento. Puesto que hoy se considera que desempeña un papel importante en el fortalecimiento de la democracia, el Estado de Derecho, la buena administración y la protección y promoción de los derechos, su creación y mantenimiento son alentados desde instancias internacionales; ejemplo de ello son los Principios sobre la Protección y la Promoción de la Institución del Defensor del Pueblo, aprobados en 2019 por la Comisión de Venecia.

La Constitución Española de 1978 es la primera que crea un Defensor del Pueblo, al que dedica su art. 54. En el proceso constituyente y en los años inmediatamente posteriores hubo ciertas dudas sobre esta figura, porque no tenía contornos precisos ni se entendía bien su utilidad en un sistema en el que existían ya otras instituciones e instrumentos de control de la Administración y de defensa de los derechos fundamentales. Sin embargo, la regulación que se hizo en la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo (L.O. 3/1981, modificada en 1992 y en 2009) y en el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Defensor del Pueblo (aprobado por las Mesas del Congreso y del Senado en 1983, con alguna modificación posterior) terminaron de perfilar sus contornos, dándole un carácter propio, el de una magistratura de autoridad y opinión, distinto al que tienen otros instrumentos de garantía de los derechos. Finalmente, la actividad que ha desarrollado el Defensor en estos casi cuarenta años, su forma de actuar y también la personalidad de quienes han ocupado el cargo, han terminado de consagrar esta institución, que se ha ganado un espacio propio y contribuye a la protección de los derechos por cauces transversales diversos, complementarios a los tradicionales mecanismos jurisdiccionales.

Desde el punto de vista de su naturaleza jurídica, estamos ante un órgano constitucional que, aunque se defina como comisionado del Parlamento, disfruta de autonomía para el ejercicio de su función. Su diseño organizativo responde a la idea de asegurar esa autonomía: debe ser elegido por cada una de las dos Cámaras parlamentarias por una

mayoría cualificada de tres quintos, aunque si no se alcanza esta mayoría puede ser elegido por tres quintos del Congreso y mayoría absoluta del Senado; los candidatos son propuestos por la Comisión Mixta Congreso-Senado para las Relaciones con el Defensor del Pueblo; la duración de su mandato es de cinco años, de modo que no coincide con el periodo de la legislatura, con posibilidad de reelección; cesa solo por las causas tasadas de renuncia, expiración del mandato, muerte, incapacidad sobrevenida, condena por delito doloso y notoria negligencia (en estos tres últimos supuestos el cese debe ser decidido por mayoría de tres quintos de las dos Cámaras); no está sujeto a mandato alguno, ni puede recibir órdenes o instrucciones de ningún órgano; goza de inmunidad, inviolabilidad y fuero especial; y está sujeto a un amplio catálogo de incompatibilidades que lo desvinculan de cualquier órgano del Estado, partido político o sindicato, y de cualquier actividad profesional.

El Defensor del Pueblo es competente para garantizar los derechos fundamentales en un sentido amplio y flexible. De un lado, la protección alcanza a todos los derechos reconocidos en el título I de la Constitución, tanto en su aspecto subjetivo como objetivo. De otro, la protección se despliega frente a la actividad de toda Administración, incluyendo los diferentes niveles territoriales y todas las instituciones que forman el sector público, sus funcionarios o agentes. Queda excluida la actuación del Poder Judicial, aunque si recibe alguna queja en relación con este debe comunicarlo al Fiscal o al Consejo General del Poder Judicial. Frente a actos de las Cortes Generales de naturaleza no administrativa su intervención es singular: puede interponer recurso de inconstitucionalidad contra actos con valor de ley y recurso de amparo contra actos sin valor de ley. Desde 2009, además, actúa como Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura, realizando visitas preventivas a los centros de privación de libertad.

La actuación del Defensor del Pueblo se puede iniciar a instancia de parte, a través de un procedimiento fácil, gratuito e inmediato: presentando un escrito razonado en el plazo de un año desde que se tuvo conocimiento del hecho objeto de la reclamación. También pueden instar su actuación los diputados, senadores o una Comisión parlamentaria, ya que se trata de un comisionado del Parlamento. Por último, puede actuar de oficio, por su propia iniciativa, aunque los procedimientos iniciados de esta forma son muchos menos que los iniciados a instancia de parte.

Una vez iniciado el procedimiento, el Defensor del Pueblo lleva a cabo la correspondiente investigación, para lo cual dispone de amplias facultades, estando todos los poderes públicos obligados a colaborar con él y, concluida esta, informa al interesado del resultado de la misma. Los efectos de las investigaciones son uno de los aspectos más singulares de esta institución, ya que sus decisiones carecen de eficacia jurídica inmediata, pero no de efectos reales. Dependiendo del carácter del acto investigado, puede recomendar una modificación normativa; proponer modificaciones en la forma de producción de determinados actos o resoluciones administrativas; recordar a las autoridades implicadas sus deberes legales; instar a las autoridades competentes a que ejerzan sus competencias de inspección y sanción; e incluso sugerir al superior jerárquico que corresponda las medidas que considere oportunas. Otro efecto importante se produce con la presentación a las Cortes Generales de los

informes que elabora, que se debaten en la Comisión Mixta y posteriormente en el Pleno de ambas Cámaras. En ellos da cuenta de toda su actividad y resultan de gran valor, ya que ofrecen una visión del funcionamiento de la Administración y de los problemas de la sociedad que no puede alcanzarse por otros medios. Además, en el plano estrictamente jurídico, cuando tenga conocimiento de una conducta o hechos presumiblemente delictivos, lo pondrá de inmediato en conocimiento del fiscal general del Estado.

El mayor problema suscitado ha sido el de la coordinación entre los diferentes defensores de los distintos niveles territoriales. Para resolverlo se aprobó la Ley 36/1985, a pesar de la cual se produjeron conflictos que terminaron llegando al Tribunal Constitucional (STC 142/1988, 157/1988 y 31/2010). La delimitación de ámbitos competenciales y la colaboración no parecen ser ya tan problemáticos, aunque es un aspecto que no se debe descuidar.

Con carácter general, la valoración de esta institución es hoy muy positiva. Para que siga siendo así, deberá mantener su perfil y posición, asegurando su prestigio y autoridad, y defendiendo su autonomía cuando sea necesario. Además, debe seguir enfrentando un doble reto: fortalecer su relación con los ciudadanos, logrando que sea más conocida su labor y que los resultados de su actividad lleguen mejor a la sociedad; y buscando formas de dotar de mayor eficacia a sus resoluciones, mejorando el seguimiento de las mismas, creando mayores incentivos para su cumplimiento y persiguiendo un mayor aprovechamiento de sus informes.

BIBLIOGRAFÍA

Colomer Viadel, A.: *El Defensor del Pueblo, Protector de los derechos y libertades, y supervisor de las Administraciones Públicas*. Pamplona: Civitas, 2012.

De Andrés Alonso, F. L.: *Los defensores del pueblo en España*. Madrid: Reus, 2017.

Rebollo Delgado, L.: *La institución del Ombudsman en España*. Madrid: Dykinson, 2013.

Sánchez Saudinos, J. M.: «Artículo 54», en *Comentario a la Constitución Española. Libro Homenaje a L. Lopez Guerra*, Vol. I. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.

VV. AA.: «El Defensor del Pueblo», en *Teoría y Realidad Constitucional*, 26, monográfico (2010).

María Salvador Martínez
Profesora Titular de Derecho Constitucional
Universidad Nacional de Educación a Distancia

VER TAMBIÉN: ADMINISTRACIONES PÚBLICAS / BUENA ADMINISTRACIÓN / CALIDAD DEMOCRÁTICA / CORTES GENERALES / DERECHOS FUNDAMENTALES / RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD / TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

DERECHO ADMINISTRATIVO

La expresión *Derecho Administrativo* posee una dualidad de significados. Alude, de una parte, a un determinado sector de las normas que integran el ordenamiento jurídico, que tienen por objeto principal a las Administraciones Públicas y sus relaciones con los ciudadanos; y, de otra, a un sistema de conceptos y construcciones teóricas que toman como objeto las normas antes referidas y las interpretaciones de que han sido o pueden ser objeto por parte de la doctrina académica y de los tribunales. Con ello no se alude a realidades diversas, ya que, como sucede con las restantes ramas del Derecho, ambos significados son indisociables en la práctica.

Considerado como un conjunto de normas jurídicas, el Derecho Administrativo se caracteriza por poseer unas dimensiones físicas realmente abrumadoras. Aunque sería imposible precisarlo cuantitativamente, es una evidencia que un altísimo porcentaje de las normas vigentes que componen el ordenamiento jurídico pertenecen al Derecho Administrativo. Ello plantea extremas dificultades de conocimiento, pero también de sistematización, por las inevitables disparidades que existen, entre dichas normas, en regulaciones básicas.

El Derecho Administrativo es un producto histórico relativamente reciente: como producto característico del Estado liberal, no hace aparición hasta bien entrado el siglo XIX. Hasta entonces, los cargos públicos actuaban con sujeción al Derecho común, solo excepcionado en puntos concretos por privilegios tradicionales de la Corona. Esta situación experimentó un cambio crucial por el juego conjunto de varios factores: la aparición de una Administración central organizada en departamentos especializados por razón de la materia, diferenciada de los órganos anejos a la Monarquía; también, el crecimiento exponencial que las dimensiones y funciones de dicha Administración experimentaron a lo largo de toda la centuria. Pero el factor decisivo fue, sin duda, el principio constitucional de que la Administración debía actuar con sometimiento a la ley y ser controlada en este aspecto por órganos independientes; órganos que, por influencia francesa y en base a una peculiar interpretación del principio de la división de poderes, se crearon en el seno de la propia Administración.

Fueron estos órganos, por así decir parajudiciales, los que fueron gestando paulatinamente un conjunto de reglas aplicables a las Administraciones; reglas de contenido distinto de las propias y paralelas del Derecho común (p. ej., en materia de contratos, de bienes y de responsabilidad por daños) que se acuñaron técnicamente por obra de la doctrina que comentaba sus decisiones y que terminaron pasando, finalmente, a las leyes y reglamentos. De esta forma acumulativa, las reglas singulares así creadas terminaron constituyendo un sistema, que se formalizó en las obras de grandes juristas aparecidas a finales del siglo XIX y comienzos del XX.

Este conjunto de reglas especiales se caracterizó, desde sus orígenes, por su ambivalencia. De una parte, atribuían a las Administraciones *potestades y privilegios autoritarios*, necesarios para la correcta gestión de las tareas que la nueva Administración debía emprender, pero que en todo caso eran desconocidos o excepcionales en el mundo de las relaciones privadas; pero, al tiempo, les imponían

también importantes trabas y sujeciones, inusuales en el campo de las relaciones entre particulares (como las formalidades rígidas para celebrar contratos, o la necesidad de ajustar sus decisiones a un procedimiento formal), basadas en la desconfianza que suscitaba el extraordinario poder de la Administración y la conveniencia de garantizar la imparcialidad de su actuación.

Dadas las dimensiones que posee el Derecho Administrativo, describir su contenido ofrece dificultades importantes. De modo aproximativo, sin embargo, cabe identificar en él dos bloques principales.

A) En primer lugar, comprende una serie de *regulaciones generales y transversales* relativas a cuatro ámbitos:

– Primero, el denominado Derecho de la organización, que establece la configuración de las Administraciones Públicas como personas jurídicas, su estructura organizativa interna, las relaciones entre los diferentes tipos de personas y órganos que las constituyen y el régimen del personal que las sirve;
– segundo, el llamado procedimiento administrativo: esto es, el régimen de las formas que debe adoptar la actividad de las Administraciones (los llamados actos administrativos) y del procedimiento que deben observar para el ejercicio de sus potestades (entre las que se comprenden la de expropiación y la de imposición de sanciones);
– tercero, el régimen del tráfico patrimonial de las Administraciones, que comprende la regulación de los contratos que celebra, de los bienes que son de su titularidad y de la responsabilidad en que pueden incurrir como consecuencia de los daños que causen a terceros;
– y cuarto, el sistema de garantías de la legalidad, que comprende el conjunto de recursos administrativos (ante órganos de la propia Administración) y de recursos jurisdiccionales (ante los jueces y tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa) que pueden emprender quienes se sientan lesionados por alguna actuación de las Administraciones que consideren contraria a Derecho.

B) El segundo bloque (con mucho, el mayoritario) está constituido por un extensísimo número de *regulaciones sectoriales* que disciplinan la acción que las Administraciones han de llevar a cabo en todos los sectores de la vida social y económica, así como los derechos y obligaciones que corresponden a los ciudadanos que actúan en dichos sectores.

Aun a riesgo de hacer una enumeración incompleta, dichos sectores son los relativos a las conocidas como funciones de soberanía (relaciones exteriores, defensa nacional y seguridad ciudadana), a los llamados servicios sociales (sanidad, educación, cultura y servicios asistenciales), a las actividades con incidencia en el medio físico (infraestructuras, medio ambiente, urbanismo y ordenación del territorio), al gran conjunto de actividades económicas (sistema financiero y mercado de valores, agricultura, ganadería, industria, comercio, energía, transporte y comunicaciones) y a las actividades de ocio (deporte, turismo y juegos de azar). Obvio es decir que cada uno de los sectores mencionados comprende subconjuntos de funciones, cuya enumeración sería inútil intentar aquí.

El Derecho Administrativo fue un Derecho concebido *por y para* las Administraciones Públicas. Cuáles sean estas es una cuestión que las leyes definen (de forma diversa, según el objeto que cada

ley persigue). Entre nosotros, todas ellas se engloban en dos grandes bloques:

A) De una parte, las denominadas Administraciones territoriales, que comprenden a la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las Entidades locales (municipios, provincias, islas, comarcas, áreas metropolitanas y mancomunidades de municipios).
B) Y, de otra, el llamado sector público institucional, en el que se integran una multiplicidad de organizaciones denominadas organismos autónomos, entidades públicas empresariales, autoridades independientes, sociedades mercantiles y fundaciones públicas, consorcios y universidades públicas.

Es importante advertir que todas y cada una de estas Administraciones ostentan personalidad jurídica propia, que es única en el caso de las Administraciones territoriales.

No existe una correlación perfecta entre el Derecho Administrativo y las Administraciones Públicas. Así lo acreditan estas cuatro constataciones: primera, que el Derecho Administrativo no se aplica solo a las Administraciones (tiene también como destinatarios a los ciudadanos, como resulta obvio recordar); segunda, que, en todas las cuestiones no reguladas por el Derecho Administrativo, las Administraciones Públicas se rigen también por el Derecho común; tercera, que se aplica a determinadas actividades de los órganos constitucionales y estatutarios (fundamentalmente, en los aspectos de gestión patrimonial), así como a la actividad del Consejo General del Poder Judicial; y cuarta y última, que se aplica también, aunque de forma asimétrica, a determinadas organizaciones privadas que ejercen, por atribución de las leyes, funciones características de las Administraciones (así, las llamadas corporaciones de Derecho público).

BIBLIOGRAFÍA

Mir Puigpelat, O.: «El concepto de Derecho Administrativo desde una perspectiva lingüística y constitucional», en *Revista de Administración Pública*, 162 (2003).

Muñoz Machado, S.: *Hacia un nuevo Derecho Administrativo*. Madrid: Actas del VI Congreso de la AEPDA, 2011.

Parejo Alfonso, L.: *El concepto de Derecho Administrativo*. Santiago de Chile: Olejnik, 2019.

Rebollo Puig, M.: «Derecho de la Administración Pública y Derecho Administrativo», en *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, (2000).

Juan Alfonso Santamaría Pastor
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad Complutense

VER TAMBIÉN: ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO / ADMINISTRACIÓN LOCAL / ADMINISTRACIONES PÚBLICAS / BIENES PÚBLICOS / BUENA ADMINISTRACIÓN / COMUNIDADES AUTÓNOMAS / CONTRATOS PÚBLICOS / DIVISIÓN DE PODERES / ESTADO NEUTRAL / EXPROPIACIÓN FORZOSA / FUNCIÓN PÚBLICA / JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA / LEGALIDAD (Principio de) / ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA / **PANDEMIA: PERSPECTIVA JURÍDICA** / PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO / REGLAMENTO ADMINISTRATIVO / SANCIONES ADMINISTRATIVAS / SECTOR PÚBLICO

DERECHO CIVIL

No es posible hablar de *Derecho Civil* sin hacer una somera referencia a los orígenes. En el Derecho romano, el *ius civile* fue el derecho del ciudadano, extendido en 212 (edicto de Caracalla) a todos los súbditos del Imperio.

Los textos romanos perdidos en la Baja Edad Media fueron recuperados en los siglos XI y XII lo que originó la Recepción del Derecho romano. Esta Recepción fue en parte consecuencia de las necesidades de comerciantes y políticos que necesitaban un soporte fiable en que apoyar la validez de sus transacciones y decisiones y que gozaba de la mayor seguridad y fama. Se convierte así el *ius civile* romano en el *ius commune*, aplicable por las remisiones que las distintas fuentes nacionales hacían al mismo como derecho supletorio a falta de ley aplicable, sistema que permaneció hasta la codificación civil.

A principios del siglo XIX, como consecuencia de la Revolución francesa, el *ius commune* vuelve a su originaria acepción de *Derecho Civil*. La afirmación de los nacionalismos con la consiguiente codificación interna en cada uno de los países europeos desde 1804 (Francia) hasta 1896 (Alemania, BGB, con entrada en vigor el 1900), es la base de partida del actual Derecho Civil.

La consecuencia más inmediata que produjo el Código francés de 1804 y el periodo de la codificación fue la identificación, en los tiempos modernos, del Derecho Civil con el Código Civil, de modo que a partir de aquel momento muchos intérpretes llegarían a afirmar que Derecho Civil es todo aquello contenido en el Código. Y, en definitiva, esta fue una de las funciones que los codificadores intentaron que cumpliera el Código.

Pero esta identificación constituye una falacia, por diversas razones: i) en primer lugar, existen leyes de naturaleza civil fuera del Código: las leyes de arrendamientos urbanos, rústicos y contratos de aparcería, las leyes sobre consumidores o la ley hipotecaria son solo ejemplos de que, en materia civil, existe Derecho Civil fuera del Código; ii) la existencia de Derechos Civiles autonómicos, mantenidos en vigor en la Ley de Bases del Código Civil de 1888 (art. 5) significa también que la materia civil queda en parte fuera del Código, y iii) finalmente, en la actualidad, la delimitación de lo que es Derecho Civil se efectúa en el art. 149.1.8 CE, en el que después de la regla general que reconoce competencia a las Comunidades Autónomas «allí donde existan», enumera diversas materias que forman parte del Derecho Civil, que quedan excluidas de esa competencia: «reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas del matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de Derecho foral o especial» (véase la STC 132/2019, de 13 de noviembre).

Es preciso, por tanto, establecer el contenido propio del Derecho Civil. La delimitación que opera el art. 149.1.8 CE no es definitiva. Este artículo trata solo de fijar aquellos ámbitos del Derecho Civil

que están excluidos de la competencia de las Comunidades Autónomas con competencias en Derecho Civil propio. Pero puede ser indicativo del contenido.

En primer lugar, debemos distinguir entre diversas ramas del Derecho privado, entre las que se inserta el Derecho Civil: el Derecho Mercantil, que pasa a ser un Derecho especial referido solo a los comerciantes, como un Derecho de clase en que se convirtió en Código el conjunto de reglas, normalmente basadas en usos y costumbres, que regulaban las relaciones entre comerciantes.

Otro supuesto es el Derecho laboral. El Código español de 1889 no supo afrontar la regulación de un conjunto de situaciones que ya en aquella época había adquirido una autonomía importante. En la actualidad, solo el Código Civil italiano incluye la regulación de las relaciones entre empresarios y trabajadores en el *Codice*.

Finalmente, los contratos de consumo plantean una problemática propia, especialmente en lo relativo a las cláusulas abusivas, que están creando una disciplina autónoma.

La característica del contenido propio del Derecho Civil se concreta en la regulación del Derecho de la persona, en sus varias manifestaciones relativas a diversos aspectos de su actuación. Todos los autores ponen de relieve que los contenidos «se ocupan de la persona, de su nacimiento, de su condición y estado en las distintas situaciones en que puede encontrarse, del poder que se le confiere para crearse su propia esfera jurídica, del ejercicio de este poder y de la responsabilidad que le incumbe» (Federico de Castro). Al mismo tiempo regula la familia, la herencia, la atribución de bienes, el poder sobre los distintos bienes, la disposición sobre derechos reales, relaciones obligatorias y poder de contratación. De este modo, concluye este autor, que «su extensión mínima se deriva de su contenido material; se encuentren en cualquier género de disposiciones o de textos legales, corresponde al Derecho Civil y está sometido a sus principios, todo lo concerniente a la organización de la familia, significado de la persona y canalización de la iniciativa individual y la regulación del poder y modo de transmisión de los medios de riqueza». Es decir, el Derecho de la persona, en las múltiples manifestaciones de su actividad y la autonomía de la voluntad.

Lo que se acaba de decir implica que se deba hacer una referencia a la tan traída y llevada distinción entre Derecho público y Derecho privado, incluyendo el Civil. La distinción ha sido calificada como difícil de definir (Rosario Nicolò, por todos los autores que se han ocupado de ella). Algunos entienden que la contraposición debe ser considerada como una diferenciación finalística de las diferentes partes del ordenamiento, en función de la naturaleza de los intereses que constituyen el presupuesto y el objeto de la tutela de las calificaciones normativas. De este modo, Nicolò afirma que lo que se denomina Derecho privado constituye una representación de una parte de la realidad social. Así, si bien el contrato administrativo no deja de ser un contrato, los intereses a los que sirve permiten la existencia de una diversa identidad de la regulación.

Veamos, por último, las fuentes del Derecho Civil. Teniendo en cuenta lo que se ha dicho sobre la imposibilidad de identificar Derecho Civil con Código Civil y, además, que existen normas civiles en diferentes ámbitos legislativos (p.ej. la regulación de la responsabilidad derivada de delito se encuentra en

el Código Penal, lo que no elimina su naturaleza civil), ¿cuál es el sistema de fuentes?

En un sistema plural, en el que no podemos distinguir radicalmente entre los diversos tipos de normas, hay que poner de relieve que la primera fuente de normas civiles va a ser la Constitución donde se encuentra la regulación primaria del Derecho de la persona. A continuación, las normas de la Unión Europea, especialmente aquellas que regulan lo relativo al Derecho de contratación entre consumidores. Y a continuación el Código Civil, con su sistema de fuentes (art. 1 CC).

No debe excluirse la autonomía de la voluntad de los interesados. A partir de la cláusula de la dignidad de la persona (art. 10 CE), la autonomía de la voluntad, con los límites establecidos (art. 1255 CC: los límites son la ley, la moral y el orden público) es la fuente de regulación de las relaciones privadas, porque deriva de sus derechos fundamentales a la libertad, de modo que en un sistema regido por la Constitución, que se coloca en la cúpula del ordenamiento, las distinciones entre Derecho público y Derecho privado, esencialmente Civil, no cumplen ninguna función eficaz.

BIBLIOGRAFÍA

De Castro y Bravo, F.: *Derecho Civil de España*. Madrid: Civitas, reed. 1984.
Hattenhauer, H.: *Conceptos fundamentales del Derecho Civil*. Barcelona: Ariel, 1987.
Nicolò, R.: «Diritto Civile», en *Enciclopedia del Diritto*, T. XII. Milano, Giuffrè, 1964.

Encarnación Roca Trías
Académica de Número de la
Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España
Vicepresidenta del Tribunal Constitucional
Catedrática de Derecho Civil

VER TAMBIÉN: CODIFICACIÓN / CÓDIGO CIVIL / CONTRATOS / COSTUMBRE JURÍDICA / DERECHO ROMANO / DERECHO DE FAMILIA / EFICACIA JURÍDICA / JURISDICCIÓN CIVIL / JURISPRUDENCIA / NACIONALIDAD / NEGOCIO JURÍDICO / NOTARIADO / REGISTROS JURÍDICOS

DERECHO CONSTITUCIONAL

El término Derecho Constitucional tiene dos significados: de un lado, se refiere a un sector del ordenamiento y, de otro, a la disciplina jurídica que lo hace objeto de estudio. En cuanto a la primera significación, ese sector está integrado por la Constitución y las demás normas infraconstitucionales que desarrollan o complementan la regulación constitucional referida a la organización del Estado y a las relaciones entre los ciudadanos y el poder público. Sin embargo, esta descripción requiere, a su vez, de una delimitación, tanto de naturaleza formal como material. En cuanto a la forma, solo la Constitución disfruta de supremacía jurídica sobre el resto del ordenamiento, mientras que las demás normas que integran el sector únicamente poseen el rango que se deriva de su carácter legal o reglamentario. En cuanto a la materia, la delimitación ha de tener en cuenta las características propias del sistema constitucional al que nos referimos: el español.

En España forman parte del Derecho Constitucional, como sector del ordenamiento, además de la Constitución, todas aquellas normas infraconstitucionales que tienen por objeto directo la forma de nuestro Estado (social y democrático de Derecho, con garantía de los derechos fundamentales, con Poder Judicial independiente y con autonomías políticas territoriales) y la forma de gobierno (Monarquía parlamentaria, que comprende no solo el estatuto y funcionamiento de la Monarquía, que recibe, además, la definición constitucional de «forma política del Estado», sino también la regulación del régimen parlamentario, que incluye el estatuto y competencias de las Cortes Generales y del Gobierno así como la ordenación de las relaciones entre ambos poderes). A lo que debe añadirse que, respecto de los poderes del Estado, parte de la materia excede el Derecho Constitucional; así, por ejemplo, corresponde al Derecho Administrativo la normación dedicada a la actividad no política, sino administrativa de las Cámaras o al detalle de la regulación y actividad del Gobierno como órgano superior de la Administración Pública, o al Derecho Procesal la ordenación detallada de la jurisdicción y de los procesos judiciales, abstracción hecha de que al Derecho Constitucional le concierne por completo la regulación material y procesal del Tribunal Constitucional. Esta delimitación es, no obstante, más convencional que dogmática, pues, en presencia de una Constitución como la nuestra, que se proyecta sobre todas las ramas del ordenamiento, siempre habrá zonas de confluencia entre el Derecho Constitucional y los demás sectores normativos. En términos algo vagos, pero que pueden valer, cabría decir que el Derecho Constitucional está integrado por las normas fundamentales y básicas (aunque estas últimas no sean fundamentales) dedicadas a la organización y funciones del poder estatal (hoy, en España, también del poder de la Unión Europea) y a los derechos y libertades de los ciudadanos.

Por lo que se refiere al Derecho Constitucional como disciplina jurídica que tiene por objeto el saber sobre un determinado sector del ordenamiento, lo primero que debe destacarse es su escasa tradición entre nosotros, pues, salvo excepciones, antes de 1978 lo que predominó fue el estudio del Estado y

su Derecho bajo el prisma de un sincretismo metodológico sustentado más en consideraciones políticas que estrictamente jurídicas (quizás derivado de los avatares de nuestro constitucionalismo histórico). Será a partir de la Constitución vigente cuando en España se desarrolle, con intensidad y amplitud, el Derecho Constitucional como disciplina jurídica, precisamente como consecuencia del carácter indudablemente normativo de la Constitución, sustentado con claridad en sus propias prescripciones (sobre todo, arts. 9. 1, 53.1 y 159 a 165 CE).

De todos modos, ese despertar que el Derecho Constitucional, como disciplina jurídica, va a experimentar en España desde 1978 deberá mucho a dos causas añadidas, una endógena y otra exógena. La primera fue la existencia de algunas publicaciones españolas aparecidas en los años treinta y, sobre todo, a partir de los cincuenta, del pasado siglo (y aquí ocupa un lugar preeminente el *Derecho Constitucional Comparado* de Manuel García-Pelayo) que trataron con rigor tanto el Derecho Constitucional general como el Derecho Constitucional extranjero; también, y muy destacadamente, la existencia de un Derecho Administrativo que, desde los años sesenta del pasado siglo, estudió, con método jurídico, la organización y funcionamiento del poder público (la mayor deuda aquí la tenemos con la obra de Eduardo García de Enterría y su escuela). La segunda causa fue la recepción académica, muy inmediata a partir de 1978, de la doctrina extranjera más solvente en materia de Derecho Constitucional (italiana, alemana y, en menor medida, al menos al comienzo, norteamericana).

A partir de aquellos primeros años, el desarrollo del Derecho Constitucional en España ha sido notable. A ese desarrollo contribuyó, de un lado, la desaparición del Derecho Político como asignatura universitaria y su sustitución por el Derecho Constitucional y, de otro, la existencia de un Tribunal Constitucional que, con su jurisprudencia, fue creando una doctrina extraordinariamente rica, y muy rigurosa, acerca del significado y eficacia de las prescripciones constitucionales, dotando de la fuerza del Derecho a los principios y reglas de la Constitución y construyendo (en gran parte, recibiendo del Derecho Constitucional de los países extranjeros más próximos) un elenco conceptual imprescindible para que el Derecho Constitucional, como disciplina jurídica, pueda existir. El Tribunal Constitucional ha colaborado así, impagablemente, al asentamiento y desarrollo del moderno Derecho Constitucional español: en cuanto a los derechos fundamentales, a la organización territorial del poder, al sistema de fuentes, a la responsabilidad de los poderes públicos y, en general, a todas las materias que el Derecho Constitucional, como saber, comprende.

La publicación de manuales y monografías sobre la disciplina, la aparición de revistas especializadas (entre ellas, desde 1981, la *Revista Española de Derecho Constitucional*), el contacto académico frecuente con los constitucionalistas extranjeros, en fin, la existencia de escuelas académicas que se han caracterizado por impulsar y difundir el Derecho Constitucional como disciplina científica, han dado como resultado que hoy el Derecho Constitucional español esté a similar altura que los Derechos Constitucionales de los países más relevantes.

Constatado el desarrollo en España de esta disciplina, que no deja de ser una descripción, queda por tratar el carácter

de la misma, su singularidad intelectual. Esa singularidad se deriva de la peculiaridad de la norma de cabecera del sector normativo que tiene por objeto de estudio: la Constitución, cuya condición es distinta (no solo por su superior rango, sino también por su contenido) de la que tiene la ley. Por una parte, nuestra Constitución (como ocurre con las más modernas) no solo pretende regular el Estado, sino también establecer los principios y normas básicas de todos los sectores del ordenamiento. La consecuencia de esa amplitud de contenido es, inevitablemente, la amplia generalidad y abstracción, y más aún, el carácter principialista de gran parte de sus prescripciones, lo que obliga, muchas veces, a tener en cuenta consideraciones axiológicas a la hora de su interpretación. Por otro lado, la democracia pluralista que la Constitución establece dota al legislador de un amplio margen de discrecionalidad a la hora de desarrollarla. Como se ha dicho tantas veces, la ley no es ejecución de la Constitución, como sí el reglamento lo es de la ley. El pluralismo político ha de hacer posible que en determinados ámbitos materiales pueda haber políticas legislativas distintas. Por supuesto que con límites, que la propia Constitución marca, y de ahí la necesidad, a la hora de su interpretación, de distinguir, por razón de estructura textual y grado de eficacia, entre las diversas prescripciones constitucionales. En tal sentido, la interpretación de la Constitución es distinta de la interpretación de las leyes, aunque comparta con esta, pues ambas se realizan sobre enunciados jurídicos, algunos criterios comunes.

Esa singularidad de la Constitución se proyecta sobre la disciplina Derecho Constitucional, no para difuminar el carácter necesariamente jurídico de la misma, pero sí para servirse de la ayuda de la Teoría general de la Constitución (una especie de sustrato común del Derecho Constitucional de los países democráticos), e incluso de la Teoría política y de la realidad social, a la hora de comprender los problemas que la aplicación e interpretación de la Constitución puede plantear. No para basar en esos otros saberes la solución que jurídicamente proceda, sino para procurar que esa solución, jurídica, sea la más adecuada.

BIBLIOGRAFÍA

Aragón Reyes, M.: «La Constitución como paradigma» y «Tipología de las normas constitucionales», en *Estudios de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2013.

Bilbao, J. M.ª, *et al.*: *Lecciones de Derecho Constitucional*, Tomo I (Lección: «El Derecho Constitucional como disciplina científica»). Valladolid: Lex Nova, 2010.

Garrorena Morales, Á.: *Derecho Constitucional. Teoría de la Constitución y sistema de fuentes* (Temas 1 a 3). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.

De Otto, I.: *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes* (cap. I a III). Barcelona: Ariel, 1987.

Rubio Llorente, F.: «El concepto de Constitución. Nota preliminar», «La Constitución como fuente del Derecho», «De la doctrina de la Constitución al Derecho Constitucional pasando por el Político», «La interpretación de la Constitución», en *La*

forma del poder, vol. I y III, 3.ª ed., Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.

— «Derecho Constitucional», en M. Aragón Reyes, coord. *Temas básicos de Derecho Constitucional*, T. I. Madrid: Thomson Reuters, 2001.

Manuel Aragón Reyes
Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España
Catedrático Emérito de Derecho Constitucional
Magistrado Emérito del Tribunal Constitucional

VER TAMBIÉN: CONSTITUCIÓN / CONSTITUCIÓN NORMATIVA / CONSTITUCIONALISMO HISTÓRICO ESPAÑOL / DERECHOS FUNDAMENTALES / ESTADO CONSTITUCIONAL / ESTADO AUTONÓMICO / ESTADO DEMOCRÁTICO / JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL / MUTACIÓN CONSTITUCIONAL / PODER CONSTITUYENTE / REFORMA CONSTITUCIONAL / TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

DERECHO DE FAMILIA

El Derecho de familia es aquella parte del ordenamiento jurídico que comprende el conjunto de principios y normas que disciplinan las instituciones jurídicas básicas que regulan las relaciones familiares. Dichas relaciones pueden agruparse en cuatro grandes categorías:

A) El matrimonio y las uniones extramatrimoniales con propósito de estabilidad. La regulación de estas dos figuras comprende tanto los aspectos estrictamente personales (naturaleza de la relación jurídica establecida, presupuestos y formalidades necesarios para su consecución, requisitos y consecuencias de su ruptura, así como las causas y efectos de su disolución) como los patrimoniales (titularidad de los bienes y distintas formas de organizar su administración y disposición de los bienes, así como las formas de contribución a las cargas familiares).
B) La filiación, su determinación y efectos, en sus distintas manifestaciones: la consanguínea, sea matrimonial o extramatrimonial, donde suele incluirse también la regulación de las técnicas de reproducción asistida; y la adoptiva, con todas sus implicaciones. Y también, la disciplina jurídica de las relaciones paterno-filiales, y sus efectos personales y patrimoniales.
C) El denominado Derecho parental, que regula los efectos jurídicos del parentesco, la obligación de alimentos entre parientes, el levantamiento de las denominadas cargas familiares, y otras instituciones afines.
D) Pese a no tratarse de instituciones estrictamente «familiares», suelen incluirse dentro del ámbito del Derecho de familia también las denominadas instituciones tutelares, destinadas a la protección de los menores e incapaces: tutor, curador, guardador, defensor judicial, etc.

La familia en sí misma no es una institución jurídica ni una creación del Derecho, sino que constituye un *prius* de carácter antropológico y social, cuyas relaciones reclaman, eso sí, una determinada regulación jurídica conformada por principios y reglas, que han de responder a los valores imperantes en cada modelo de sociedad y de familia. De esta peculiaridad derivan algunas de las características más relevantes del Derecho de familia:

A) Obedece a un marcado contenido ético, a menudo definido por los valores morales, religiosos y sociales, como el «interés superior de la familia», el «interés del menor», «la protección del incapaz vulnerable» y otros análogos.
B) Se caracteriza por su institucionalización o transpersonalización, en la medida en que esta rama del Derecho no satisface (o no solo) intereses personales, particulares o individuales, sino el interés superior de la familia como valor predominante. De ahí se desprende, como consecuencia, que en el Derecho de familia la atribución de derechos y facultades sea, a menudo, solo un medio para el cumplimiento de deberes o, mejor, de «funciones» *(officium)* más que de verdaderas «potestades».
C) El carácter duradero o estable, cuando no permanente, de las relaciones que reglamenta el Derecho de familia.
D) Los principios y reglas que disciplinan el Derecho de familia se encuentran sometidos a los valores imperan-

tes en cada sociedad y en cada momento histórico, lo que determina su carácter necesariamente cambiante y contingente, para adaptarse constantemente a cada modelo de sociedad y al «signo de los tiempos».

E) Como consecuencia de los anteriores caracteres, tradicionalmente se afirma que en el Derecho de familia está muy limitada la autonomía de la voluntad, pues comprende abundantes normas de carácter imperativo que no pueden derogarse por la voluntad de los afectados y que vienen a formar parte del orden público.

Sin embargo, el cuestionamiento de esta última característica constituye el epicentro de todas las profundas transformaciones y reformas que ha conocido la familia y, por tanto, el Derecho de familia, tanto a lo largo del siglo xx, como muy especialmente en los años que corren de la presente centuria.

En efecto, ya en el último tercio del siglo xx en toda Europa, y muy especialmente en España a partir de la Constitución de 1978, habíamos pasado de un Derecho de familia monogámico, heterosexual, basado exclusivamente en el matrimonio indisoluble, patriarcal (todo giraba en torno a la figura del marido-padre), jerarquizado, discriminatorio (entre sexos y entre hijos de distinto origen), profundamente influido por normas e instituciones religiosas, destinado casi exclusivamente a la procreación («generación y educación de la prole», se decía, junto con el «remedio de la concupiscencia»), a un modelo muy diferente. Como es bien sabido, la idea de sociedad y de familia que se extiende en Occidente a partir de los años sesenta y, en España, el modelo amplio de familia que se desprende de los principios constitucionales de dignidad de la persona, libre desarrollo de la personalidad, no discriminación, laicidad del Estado, libérrimo *ius connubi* y protección social y económica de «la familia» (en sentido amplísimo), han determinado el tránsito hacia un nuevo modelo jurídico.

El Derecho de familia vigente hoy en España es un ordenamiento flexible y ajeno a toda consideración religiosa, que reconoce efectos jurídicos a las uniones estables no matrimoniales, suprime aquellos viejos impedimentos matrimoniales imbuidos del modelo canónico y admite el divorcio: en una primera época, de carácter causal o divorcio-remedio y, más tarde, basado sencillamente en la decisión unilateral de uno de los cónyuges. Viene presidido por la absoluta igualdad de los cónyuges o miembros de la pareja estable, tanto en los aspectos personales como patrimoniales, y por la libertad en la regulación de los efectos económicos del matrimonio y las uniones. Reconoce el matrimonio homosexual con plenos efectos jurídicos y con facultad de adopción, la libre investigación de la paternidad, la absoluta equiparación de los hijos a todos los efectos personales, patrimoniales y sucesorios, la absoluta supeditación de las relaciones paterno-filiales al interés superior del menor, y las instituciones tutelares dirigidas exclusivamente a la defensa de los intereses del incapaz (y no a proteger a la sociedad frente al mismo). Todo ello ha requerido una reforma integral y radical del viejo modelo de familia que regulaba el Código Civil español de 1889, mediante varias sucesivas leyes reformadoras que fueron promulgadas entre 1981 y 2005.

Sin embargo, sucede que los vertiginosos cambios que ha conocido la sociedad durante las dos primeras décadas del siglo xxi están ya reclamando nuevas modificaciones y reformas. La gran transformación actual puede reducirse a la

constatación de que, hasta finales del siglo XX, el ordenamiento jurídico efectivamente diseñaba e imponía un determinado modelo de familia al que los ciudadanos tenían que acomodar su vida, mientras que a partir del siglo XXI, por el contrario, es esa sociedad «diversa» en que vivimos y sus miembros quienes imponen la necesidad de un ordenamiento flexible, que ha de dar cabida a toda clase de «modelos» de familia, diseñados por la libérrima voluntad de aquellos. Así, junto al clásico esquema matrimonial de la denominada «familia nuclear» (pareja heterosexual casada y sus hijos comunes), proliferan hoy, y adquieren carta de naturaleza jurídica, las uniones de hecho (estables o no tanto) basadas en la mera convivencia en pareja, los matrimonios heterosexuales y homosexuales, los núcleos unilineales, las familias «reconstituidas» con hijos de uno y otro miembro de la pareja, el llamado poliamor y el matrimonio a tres, las adopciones unilaterales y por parejas con toda clase de orientación sexual, los acogimientos, las nuevas tecnologías de fecundación y gestación que dan lugar a hijos con varias madres, etc. Y todo ello aderezado con una nueva dimensión de los derechos de los niños y, como algo diferente, de los adolescentes. Y, además, la autonomía de la voluntad ha adquirido una nueva dimensión, en la medida en que, frente a los sistemas que predefinían legalmente las relaciones familiares, es la libérrima voluntad de los miembros de la familia la que determina hoy el modelo de convivencia, la forma de administrar y disponer del patrimonio, los términos y consecuencias de la ruptura de las relaciones estables, etc. Estos son los retos pendientes para próximas modificaciones y reformas.

BIBLIOGRAFÍA

Alonso Pérez, M.: «La familia entre el pasado y la modernidad: reflexiones a la luz del Derecho Civil», en *Actualidad Civil,* 1-1998.

Díez-Picazo, L.: *Familia y Derecho*. Madrid: Civitas, 1984.

Lacruz Berdejo, J. L.; Rams Albesa, J. J.: *Elementos de Derecho Civil IV. Derecho de Familia*. Madrid: Dykinson, 2010.

Eugenio Llamas Pombo
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Salamanca

VER TAMBIÉN: BIOCONSTITUCIÓN / CÓDIGO CIVIL / COMUNITARISMO / CONVIVENCIA / DERECHO CIVIL / DERECHOS FUNDAMENTALES

DERECHO DEL TRABAJO

Aunque la Historia de la humanidad ofrece ejemplos remotos de regulación del trabajo (leyes romanas sobre minería, ordenanzas gremiales, leyes de Indias…), lo que hoy llamamos Derecho del Trabajo (superando iniciales denominaciones: Derecho obrero, industrial o social) tiene un origen más próximo. En efecto, el Derecho del Trabajo es la respuesta que el sistema social y político da al gran reto del trabajo implantado a consecuencia de la Revolución industrial: un trabajo desarrollado en un contexto de maquinismo, concentración de trabajadores en grandes centros productivos y división del trabajo; circunstancias que, por cierto, ya venía anunciando el régimen manufacturero de la Edad Moderna.

Ello explica que, pese a su denominación omnicomprensiva, el Derecho del Trabajo no se ocupe de la regulación de todo tipo de trabajos, sino solo del heredero de aquella originaria sociedad industrial, objeto, eso sí, de sucesivas ampliaciones; esto es, el *trabajo dependiente y por cuenta ajena*.

Mientras que la regulación jurídica del trabajo dominante hasta la Revolución industrial –trabajo de esclavos y siervos– correspondía al derecho de propiedad y al Derecho público, el Derecho del Trabajo se construye en torno a una relación jurídica privada, el contrato de trabajo, heredero del arrendamiento de servicios civil, del que se diferencia fundamentalmente por el hecho de que mientras este recibía una regulación legal ínfima, quedando la determinación de su contenido a expensas de las decisiones patronales, aquel es una relación fuertemente normada por el Estado, como corresponde a la función protectora consustancial al Derecho del Trabajo.

Esta rama del Derecho nació, en efecto, para satisfacer la exigencia de dignificación de las condiciones del trabajo propio de la sociedad industrial; exigencia planteada por los movimientos obreros y acogida, con diversos grados de intensidad, por los políticos reformistas de la segunda mitad del siglo XIX.

El Derecho del Trabajo es un sistema de normas y relaciones jurídicas:

A) Como sistema normativo, el Derecho del Trabajo se integra tanto por normas internacionales, de ámbito universal y también, en nuestro caso, de ámbito europeo, como internas (estas, a su vez, emanadas de los poderes Legislativo y Ejecutivo –ley y reglamento respectivamente– y de la autonomía negociadora de las organizaciones de trabajadores y empresarios –convenio colectivo–; sin olvidar, pero reconociendo su limitada incidencia, la costumbre laboral y los principios generales del Derecho).
   Hay acuerdo común en considerar como primera ley laboral española la de 24 de julio de 1873, reguladora del trabajo de menores, un sector de la población, junto con el de las mujeres, que se mostraba especialmente necesitado de la acción protectora del Estado. A esa ley siguió una serie de disposiciones reguladoras tanto de las condiciones individuales de trabajo como de la dimensión «colectiva» de esas relaciones: coligaciones, huelgas, y arbitrajes y conciliaciones industriales. Normas completadas en los primeros años del siglo XX con la creación de tres grandes instituciones públicas: la Inspección de Trabajo (1906), el Instituto Nacional de Previ-

sión (1908) y los Tribunales Industriales (1908).

Superando la fase de promulgación de normas laborales aisladas, el Código del Trabajo de 1926 constituye la primera realización (aunque hubo proyectos anteriores frustrados) de un propósito de regulación sistemática de las relaciones laborales; propósito que habían de continuar las Leyes de Contrato de Trabajo de 1931 y 1944, la Ley de Relaciones Laborales de 1976 y, en fin, las sucesivas versiones del Estatuto de los Trabajadores (la primera de 1980, la actual de 2015), obedientes ya al vigente diseño constitucional.

Singularidad del Derecho del Trabajo es la existencia en él de una fuente propia: el convenio colectivo, típica manifestación del acceso de la autonomía de la voluntad de los grupos sociales al poder normativo, que, superando la situación de debilidad del trabajador en la inmensa mayoría de los contratos de trabajo, establece un pacto de eficacia colectiva normativa que se suma, completándolas y mejorándolas, a las condiciones laborales fijadas por el legislador.

B) Como sistema de relaciones jurídicas, el Derecho del Trabajo se instrumenta sobre una relación básica de Derecho privado, el contrato de trabajo (que regula el título I del Estatuto de los Trabajadores). Objeto de ese contrato, y por tanto objeto del Derecho del Trabajo mismo, no es toda y cualquier actividad laboral, sino solo aquella que reúne los requisitos exigidos por la ley; a saber, el trabajo voluntario, retribuido, por cuenta ajena y efectuado dentro del ámbito de organización y dirección de un empresario (art. 1 del Estatuto de los Trabajadores).

Como se ve, en la definición legal no aparece la distinción, formulada en otras épocas, entre trabajo manual e intelectual; el Derecho del Trabajo no es actualmente un Derecho *obrero*, sino que alcanza a todo tipo de prestadores de servicios dependientes y por cuenta ajena en régimen privado; con esta última precisión estamos recordando que un amplio sector de prestadores de servicios los desarrolla en un régimen jurídico-público (funcionarial o estatutario), ajeno al Derecho del Trabajo.

La apelación del Estatuto de los Trabajadores a la voluntariedad está subrayando el origen contractual de la relación de trabajo, al tiempo que enfatizando la proscripción del trabajo forzoso, propio de épocas superadas.

El trabajo objeto del Derecho del Trabajo es, además, el trabajo por cuenta ajena, con lo que queda obviamente excluido el trabajo por cuenta propia o autónomo. Trabajar por cuenta ajena significa que la utilidad patrimonial del trabajo se atribuye desde un principio no al propio trabajador, sino al empresario. Esa atribución *ab initio* a un tercero tiene una contrapartida: el trabajador cede la utilidad de su trabajo al empresario a cambio de recibir de este un salario.

En fin, el trabajo objeto del Derecho del Trabajo es el trabajo dependiente, realizado, como dice el art. 1 del Estatuto de los Trabajadores, dentro del ámbito de organización y dirección de un empresario.

Al diseño central del Estatuto de los Trabajadores se suma una extensa serie de relaciones sobre participación de los trabajadores en la empresa (título II), promoción de empleo (planes y programas de empleo, contratos para fomento del empleo, etc.) o, en fin, relaciones de conflicto y sus medios de solución [Ley

de Relaciones de Trabajo (1977), Ley de la Jurisdicción Social (2011)].

En las últimas décadas se ha producido una potente afirmación de los derechos laborales, derivada de desarrollo legal y la aplicación de la Constitución. Una abundante producción normativa y una reiterada y consolidada doctrina del Tribunal Constitucional y de la jurisdicción ordinaria vienen precisando el mapa de los derechos fundamentales en el trabajo (con particular incidencia sobre la igualdad y la no discriminación, la intimidad, la libertad en sus diversas proyecciones), el de los derechos cívicos (derecho al trabajo, entre ellos) y el de los principios rectores de la política social y económica (pleno empleo, seguridad e higiene en el trabajo, etc.).

Sin embargo, los niveles de empleo y la calidad de las condiciones de trabajo no dependen solo de la voluntad de las normas y de sus aplicadores, por muy social que esa voluntad pueda ser, y por muy necesaria que sea su actuación. La experiencia enseña que el progreso social se detiene en ocasiones y que, incluso, se producen situaciones de retroceso en la regulación de las condiciones laborales (por citar un ejemplo: la reducción de las indemnizaciones por despido). Más aún: retos como el que presentan hoy la competencia mundial de algunas potentes economías o el acelerado desarrollo tecnológico plantean serios interrogantes sobre el futuro de las relaciones laborales.

Misión de todos –legisladores, administradores, jueces, interlocutores sociales, estudiosos– es estar atentos a los nuevos problemas que plantea esta «cuarta Revolución industrial» en la que estamos instalados, anticipando en lo posible sus consecuencias sobre el empleo, y arbitrando los medios para dar respuestas adecuadas. Todo ello, teniendo muy presente que el Derecho del Trabajo constituye una de las grandes e irrenunciables invenciones de la humanidad, cuya pervivencia es consustancial a un modelo de sociedad democrática avanzada.

BIBLIOGRAFÍA

Alonso Olea, M.: *Introducción al Derecho del Trabajo*, 6.ª ed. Madrid: Civitas, 2002.

Martín Valverde, A., Rodríguez-Sañudo, F. y García Murcia, J.: *Derecho del Trabajo*, 28.ª ed. Madrid: Tecnos, 2019.

Montoya Melgar, A.: *Derecho del Trabajo*, 40.ª ed. Madrid: Tecnos, 2019.

Alfredo Montoya Melgar
Académico de Número de la
Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España
Catedrático de Derecho del Trabajo
Magistrado del Tribunal Constitucional

VER TAMBIÉN: CONTRATO DE TRABAJO / CONVENIO COLECTIVO / DESPIDO LABORAL / HUELGA / JURISDICCIÓN SOCIAL / ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO / **PANDEMIA: PERSPECTIVA LABORAL** / SALARIO / SINDICATOS

DERECHO FINANCIERO Y TRIBUTARIO

Toda organización política, por muy rudimentaria que sea, precisa de ingresos para atender los gastos que su acción entrañe. La naturaleza de esta actividad de los entes públicos, como señala el maestro Sáinz de Bujanda, es eminentemente política. En plena coincidencia con este planteamiento he escrito en otro lugar que: «En la actual configuración de los problemas públicos, su acción de obtener ingresos para nutrir el gasto público que permita atender las necesidades que está planteando la crisis económica sin olvidar las propias del Estado social de Derecho constituye uno de los aspectos sustanciales de la ordenación de una comunidad política en pos del logro de sus metas esenciales».

La cercanía de la actividad de obtención de ingresos y de realización de gastos de los entes públicos a lo político y lo económico ha propiciado que en etapas históricas ya superadas se haya distanciado y hasta escapado de la disciplina de lo jurídico. Sin embargo, este distanciamiento y escapismo queda totalmente arrumbado por las exigencias del Estado social de Derecho que consagra el art. 1.1 de la Constitución. En pocas palabras, la acción de todo ente público en materia de logro de ingresos y su aplicación para satisfacer su gasto debe estar plenamente sometida al ordenamiento jurídico. La parte del ordenamiento jurídico que cumple tal misión es el Derecho Financiero y Tributario, integrante del Derecho público, que, no obstante, mantiene estrechas relaciones con ramas del Derecho privado como, por ejemplo, el Derecho Mercantil, y que como tal se asienta en el llamado cimiento jurídico común que sustenta y ensambla todas las facetas del ordenamiento.

La primera gran división de la parcela del ordenamiento jurídico que nos ocupa es la de Derecho Financiero de los ingresos de los entes públicos y Derecho Financiero de los gastos de los entes públicos.

Dentro del primer apartado puede distinguirse, a su vez, el Derecho Financiero de los tributos o Derecho Tributario, el Derecho Financiero del crédito de los entes públicos o Derecho Financiero crediticio y el Derecho Financiero del patrimonio de los entes públicos o Derecho Financiero patrimonial.

Si nos adentramos en la segunda de las grandes rúbricas de las que se ocupa la disciplina analizada, cobra perfil propio el Derecho Presupuestario, ya que, aunque esta rama del Derecho Financiero y Tributario no absorbe toda la regulación jurídica de los gastos de los entes públicos, sí es la parcela de esta última regulación en la que se dan cita las circunstancias atributivas de la condición de rama autónoma dentro de la unidad científica y docente que forma la rama del Derecho que nos centra ahora.

Los principios constitucionales constituyen el cimiento fundamental de las fuentes normativas del Derecho Financiero y Tributario. Los de equidad, entendida como asignación equitativa, de eficiencia y de economía, consagrados todos estos en el art. 31.2, y de legalidad reforzada en materia presupuestaria, que se encuentra en el art. 134.1, ambos de la Constitución, son los reinantes en el campo del gasto público. Los de capacidad económica, igualdad, generalidad, legalidad, progresividad, no confiscatoriedad, que más que un

principio es una regla limitativa de este último, seguridad jurídica y proporcionalidad son los propios de la vertiente de los ingresos públicos, según se desprende principalmente del art. 31.2 y 3 de la Constitución.

El resto de las fuentes del Derecho Financiero y Tributario son las comunes a todo el ordenamiento jurídico. El decreto-ley, sin embargo, tiene ciertas limitaciones en materia tributaria, según ha precisado una cuajada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y está por completo excluido en el caso de los Presupuestos Generales del Estado. El Derecho comunitario como fuente cobra cada vez más importancia, y ya es muy intensa en el campo de los tributos.

La norma financiera, aunque compleja por la amplitud y variedad de su objeto, es norma jurídica ordinaria en cuanto a su esencia. Por esta razón, su aplicación e interpretación no difiere de lo predicable de cualquier otra integrante del ordenamiento jurídico.

Sin embargo, como he escrito en otro momento: «La interpretación de la norma tributaria en particular es padecedora de un pesado lastre histórico, ligado al entendimiento económico y político de tal norma... Esto favoreció la penetración en la materia jurídico-tributaria de métodos interpretativos extraños a lo propiamente jurídico, planteamiento hoy felizmente superado, como se plasma con claridad en el art. 12.1 de la Ley General Tributaria. En este precepto se lee que: "Las normas tributarias se interpretarán con arreglo a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 3 del Código Civil"».

Sentado lo anterior, en la interpretación de lo tributario procede la utilización del mayor número posible de los métodos que el ordenamiento jurídico en general permite en consonancia con la remisión del art. 12.1 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, al art. 3.1 del Código Civil. No obstante, recalquemos la prevalencia del método principal, el basado en los principios constitucionales en materia financiera sobre el resto de los métodos, a los que, además, el principial ha de vivificar y dar su último y más prístino sentido.

En apretada síntesis final, el Derecho Financiero y Tributario es la parte del ordenamiento jurídico, particularmente del jurídico-público, que tiene por contenido, por un lado, las normas jurídicas reguladoras de los ingresos tributarios, crediticios, patrimoniales y de otros de variada naturaleza de los entes públicos, y, por otro, las normas jurídicas reguladoras del gasto de los entes públicos y particularmente de su Presupuesto. Mantengo esta definición desde 2000, año en el que apareció la primera edición de mi *Derecho Financiero y Tributario* hasta la 19.ª, aparecida en 2019.

Varios nubarrones enturbian la existencia actual y la futura del Derecho Financiero y Tributario. Algunos de estos nubarrones son comunes a todo el ordenamiento jurídico y otros son específicos de la rama jurídica que abordamos.

La seguridad jurídica sufre con frecuencia de los embates de una Administración tributaria desbocada por las exigencias recaudatorias y que acude indebidamente a interpretaciones economicistas en las que la desconsideración hacia el Derecho suele ser casi regla constante.

La riada legislativa y normativa en general que padecemos en todos los órdenes jurídicos se acentúa en el tributario hasta extremos inverosímiles en perjuicio de la seguridad jurídica, confianza legíti-

ma e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

La complejidad de los distintos subsistemas tributarios y presupuestarios –estatal, autonómico y local– que caracteriza al sistema español y su frecuente utilización con fines políticos pasajeros y cortoplacistas enturbian todavía más el panorama presente y futuro de la ordenación jurídica racional, estable y confiable del sistema tributario español, uno de los campos fundamentales sobre el que el Derecho Financiero y Tributario recae.

La necesidad de encontrar una respuesta adecuada a las fugas tributarias en forma, entre otros extremos, de deslocalización tan favorecida por la globalización económica es, por fin, uno de los retos más acuciantes a los que el Derecho Financiero y Tributario se enfrenta.

BIBLIOGRAFÍA

Cazorla Prieto, L. M.ª: *Derecho Financiero y Tributario, parte general*. Pamplona: Aranzadi, 2019 (19.ª ed.).

Martín Queralt, J., *et al.*: *Curso de Derecho Financiero y Tributario*. Madrid: Tecnos, 2019 (30.ª ed.).

Martínez Lago, M. A.: *Manual de Derecho Presupuestario*. Madrid: Colex, 1992.

Pérez Royo, F.: *Derecho Financiero y Tributario, parte general*. Pamplona: Aranzadi, 2019 (29.ª ed.).

Rodríguez Bereijo, A.: *Introducción al Derecho Financiero*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1976.

Sáinz de Bujanda, F.: *Sistema de Derecho Financiero I*, Introducción, vol. I. Madrid: Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1977 y 1985.

Luis María Cazorla Prieto
Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España
Catedrático de Derecho Financiero y Tributario
Universidad Rey Juan Carlos

VER TAMBIÉN: ADMINISTRACIONES PÚBLICAS / BIENES PÚBLICOS / DECRETO-LEY / DERECHO CONSTITUCIONAL / DERECHO ADMINISTRATIVO / ESTADO DE DERECHO / INTERPRETACIÓN JURÍDICA / LEGALIDAD (Principio de) / PARLAMENTOS / SECTOR PÚBLICO / SEGURIDAD JURÍDICA

DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

El Derecho Internacional humanitario (DIH) es el sector de normas del Derecho Internacional Público que tiene por finalidad la protección de las víctimas de los conflictos armados, internacionales e internos, y a tal fin, establece limitaciones a los *combatientes,* tanto en relación a los medios y métodos de combate, como en relación al trato debido a las personas protegidas en poder del enemigo (combatientes heridos o náufragos, prisioneros y civiles). Por su aplicación durante las hostilidades, se le identifica también como el *ius in bello*, por oposición al *ius ad bellum,* expresión que denomina al sector de normas que regula cuándo es lícito acudir a la amenaza o uso de la fuerza armada. En sentido estricto, sin embargo, el DIH es solo una parte de las normas que se aplican durante la guerra *(ius in bello),* siendo otras las relativas a la neutralidad, a los efectos de la guerra en los tratados, en las relaciones diplomáticas, etc. No debe confundirse con el Derecho Internacional de los derechos humanos, de aplicación en todo tiempo y lugar; el DIH tiene una aplicación prioritaria como *lex specialis*.

La expresión DIH se generaliza en los años sesenta del siglo XX, pues hasta entonces la doctrina se refería a estas normas como Derecho de Ginebra y Derecho de La Haya, por el lugar de adopción de los primeros tratados multilaterales abiertos sobre la materia, en la segunda mitad del siglo XIX. La humanización de la guerra tiene orígenes históricos remotos, pero hasta entonces se regulaba de forma bilateral y *ad hoc* ante cada batalla (carteles, capitulaciones). En Ginebra se establecen límites de trato a las víctimas de la guerra en poder del enemigo (*vid.* Primer Convenio de Ginebra para aliviar la suerte de los heridos de las fuerzas armadas en campaña, adoptado en 1864, que recoge por primera vez el signo distintivo de la Cruz Roja, y los siguientes de 1906 y 1929). En La Haya se adoptan los primeros tratados que limitan los medios (armas) y métodos (tácticas y estrategias) de combate, empezándose a codificar las clásicas *leyes y costumbres de la guerra* (*vid*. algunos de los tratados de la Primera y Segunda Conferencias de Paz de La Haya de 1899 y 1907, precedidos por la Declaración de San Petersburgo de 1868). Hoy, la denominación Derecho de Ginebra y Derecho de La Haya ha caído en desuso; si bien, es útil no olvidar conceptualmente tal distinción, tácitamente reflejada en algunos tratados contemporáneos (por ejemplo, *vid*. la clasificación de los crímenes de guerra en torno a ambas series de normas en el art. 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional de 1998).

En la actualidad, los tratados internacionales más relevantes son:

- Los 4 Convenios de Ginebra adoptados en 1949, prácticamente ratificados por todos los Estados de la comunidad internacional: (I) para aliviar la suerte de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña; (II) para aliviar la suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar; (III) relativo al trato debido a los prisioneros de guerra; y (IV) relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra.
- Los Protocolos adicionales a estos Convenios, que los complementan: (I) relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados in-

ternacionales y (II) relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, ambos adoptados en 1977; y (III) relativo a la aprobación de un signo distintivo adicional, adoptado en 2005.

– Los tratados adoptados en las Conferencias de la Haya que puedan seguir vinculando a algunos Estados (destaca el conocido como Reglamento de La Haya de 1907).
– Toda la serie de tratados que limitan el uso de determinadas armas.
– Y aquellos tratados que completan la tipificación de crímenes de guerra, destacando el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional, adoptado en 1998. España es parte de los principales tratados, cuya lista completa y referencias sobre su ratificación está accesible en las bases de datos del Comité Internacional de la Cruz Roja.

Junto a estas fuentes convencionales, hoy está bien asentado que un núcleo considerable de las normas del DIH tiene a su vez una naturaleza consuetudinaria universal, vinculando a todos los Estados con independencia de si son parte o no en los convenios. Se puede encontrar una relación de estas costumbres, además de en relevante jurisprudencia internacional, en el estudio doctrinal realizado bajo los auspicios del CICR: Henckaerts, J-M y Doswald-Beck, L., 2009.

Principios fundamentales permanentes que inspiran el DIH, además de tener aplicación directa y ayudar en la interpretación de las normas y en la operación de colmar lagunas, son los siguientes: 1) El *principio de discriminación o distinción* que prohíbe ataques contra objetivos civiles, así como el uso de armas u otro medio o método de combate que inherentemente no pueda discriminar; el único objetivo lícito en la batalla es el militar. 2) *La prohibición de ocasionar males superfluos o innecesarios* a las personas protegidas, de manera que el *derecho de las* partes a elegir los métodos y medios de combate *no es ilimitado:* solo las *necesidades militares* justifican la violencia, cuyo único lícito objetivo es dejar fuera de combate al enemigo, no matarlo ni ocasionarle males innecesarios. Cuando se aplica a los civiles y ante hechos concretos lleva aparejado el *test de proporcionalidad en el ataque* frente a la ventaja militar obtenida. 3) El *principio de humanidad* que inspira especialmente el trato que debe darse a las víctimas de la guerra, sintetizado en el art. 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949. Y 4) La denominada *cláusula Martens,* por primera vez introducida en el Preámbulo del II Convenio de La Haya de 1899, hoy contenida en los principales tratados *supra* citados: ante situaciones nuevas no reguladas convencionalmente, los combatientes quedan obligados y las víctimas de la guerra protegidas por los *principios generales del Derecho*, las *leyes de la humanidad* y las *exigencias de la conciencia pública*.

La evolución del DIH ha estado siempre condicionada por la tensión de conciliar las *necesidades militares* y el *principio humanitario*. Hoy uno de los grandes retos se encuentra en la *regulación convencional* de su *desarrollo progresivo*. Los avances científicos y tecnológicos han traído consigo medios y métodos de combate otrora inimaginables: aeronaves no tripuladas, sistemas de armas autónomas como drones y robots de combate, o el uso de ejércitos privados bajo el eufemismo de *empresas militares y de seguridad privadas*. En lugar de regular convencionalmente estas nuevas realidades, la práctica de los Estados es recordar la aplicación de los principios fundamentales del DIH mediante declaraciones.

Otro de los retos se encuentra en *la aplicación* del DIH *y su control*. Asistimos a un recrudecimiento de las guerras civiles. Los ataques indiscriminados han pasado a ser método de combate desdibujándose el criterio de distinción entre objetivos militares y civiles. Así, los combatientes se entremezclan con la población, se esconden bajo bienes y transportes civiles o sanitarios, se disfrazan de civiles como método propio para recurrir a actividades terroristas, o usan a civiles como *escudos humanos*. El hambre se convierte, a su vez, en *arma de guerra*, impidiéndose el acceso a la ayuda humanitaria. Aparecen nuevos fenómenos tan diversos como las ciberguerras o las guerrillas urbanas, que algunos ya califican de *guerras posmodernas;* lo que no se corresponde necesariamente con el abuso de la expresión «*guerra contra el terrorismo*», ideada por el antiguo presidente de Estados Unidos, el Sr. George W. Bush, tras los atentados del 11-S de 2001, para amparar falsamente bajo el DIH operaciones extraterritoriales, como asesinatos selectivos o detenciones arbitrarias, prohibidas por el Derecho Internacional de los derechos humanos.

BIBLIOGRAFÍA

David, E.: *Principes de droit des conflits armés*. Bruxelles: Bruylant, 2019.

Henckaerts, J. M.; Doswald-Beck, L., eds.: *Customary International Humanitarian Law. Vol. I: Rules; Vol. II: Practice*, Cambridge: CICR, 2005 (2009, reimpresión).

Mangas Martín, A.: *Conflictos armados internos y Derecho Internacional humanitario.* Salamanca: Universidad de Salamanca, 1990.

Rodríguez Villasante, J. L.; López Sánchez, J., coords.: *Derecho Internacional humanitario*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

VV. AA.: *Orientaciones. El Derecho de los conflictos armados* (Tomos I – III). Madrid: Ministerio de Defensa, 2007.

Helena Torroja Mateu
Profesora agregada de Derecho Internacional Público
Universidad de Barcelona

VER TAMBIEN: ASILO / CORTE PENAL INTERNACIONAL / COSTUMBRE JURÍDICA / DEMOCRACIA GLOBAL / DERECHOS HUMANOS / DESCOLONIZACIÓN / DIPLOMACIA / GUERRA Y CONFLICTO / JURISDICCIÓN UNIVERSAL / NACIONES UNIDAS / RELACIONES INTERNACIONALES / RESERVAS A LOS TRATADOS / TRATADOS INTERNACIONALES

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Por «Derecho Internacional Privado» (DIPr.) se entiende el conjunto de reglas y principios, de origen nacional, internacional o supranacional, que regula las relaciones jurídico-privadas dotadas de un elemento de heterogeneidad o extranjería relevante. En este marco, el adjetivo «relevante» indica un elemento diferencial respecto de las relaciones puramente domésticas o internas, en atención al cual se impone un tratamiento jurídico específico. Nos referiremos a estas relaciones como «transfronterizas», sin que ello implique que el motivo de la heterogeneidad haya de ser en todo caso el cruce de una frontera espacial.

La necesidad de las reglas y principios de DIPr. nace de la combinación de dos elementos: en primer término, la fragmentación y consecuente pluralidad jurídica, de base territorial y/o personal, que caracteriza el contexto en que se entablan y desenvuelven las relaciones de los sujetos privados. En segundo lugar, el hecho de que tales relaciones se originan y desarrollan ajenas a los límites que experimentan los ordenamientos jurídicos por razones objetivas y/o subjetivas (esto es, por virtud de su aplicabilidad restringida a las personas y territorio sobre los que poseen jurisdicción y ejercen soberanía). Como consecuencia, una misma y única relación entra en contacto con varios sistemas jurídicos, siendo susceptible de quedar sujeta a todos ellos –o de no interesar a ninguno. Se deducen de ello inconvenientes e incertidumbres específicos, que reclaman una respuesta jurídica particular.

No existe unanimidad sobre el contenido normativo de esta materia. La problemática típica asociada a las relaciones jurídico-privadas transfronterizas suele adscribirse a una de estas tres categorías: competencia judicial internacional; ley aplicable; reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales. La primera responde a la pregunta sobre «dónde litigar»: agrupa reglas y principios, generalmente inspirados en la preocupación por proveer tutela judicial efectiva, para la atribución (o distribución) de competencia entre distintas jurisdicciones estatales, a fin de que una se pronuncie sobre una controversia jurídico-privada transfronteriza. La categoría «ley aplicable», que se conoce comúnmente como «normas de conflicto», reúne las reglas y principios para la identificación de un ordenamiento jurídico entre todos los conectados con la situación jurídico-privada transfronteriza; las obligaciones y derechos sustantivos de las partes en ella vendrán determinados por dicho ordenamiento. Finalmente, la categoría «reconocimiento y ejecución» alude a las reglas y principios que posibilitan dar efecto, bajo un ordenamiento jurídico, a las decisiones o actos emanados de un órgano u autoridad de otra jurisdicción relativos a una relación jurídico-privada transfronteriza, permitiendo la continuidad de los efectos de tales actos y decisiones en el territorio a pesar de su origen extranjero.

En algunos ordenamientos prevalece una concepción restringida que comprende solo las normas de conflicto: es el caso de Alemania. Otros, en cambio, optan por una visión amplia, de forma que tienen también cabida las reglas relativas a nacionalidad y extranjería: es el caso de Francia. En España la concepción más extendida entiende el DIPr.

como disciplina que se ocupa de los problemas de competencia judicial internacional, ley aplicable y reconocimiento y ejecución, suscitados por las relaciones jurídico-privadas transfronterizas. El reparto de la competencia legislativa en materia civil con las Comunidades Autónomas obliga a incluir en el conjunto el llamado «Derecho interregional». Debe señalarse, no obstante, que su independencia conceptual es limitada: el sistema y la estructura judicial españoles son únicos –no existen, en consecuencia, problemas de competencia judicial «internacional» ni de reconocimiento y ejecución de decisiones foráneas–; con matices, las reglas y principios que sirven a determinar el Derecho material aplicable son las mismas que para las situaciones propiamente transfronterizas. De conformidad con el artículo 149.1.8 CE, el Estado tiene competencia exclusiva sobre «las normas para resolver los conflictos de leyes».

La denominación DIPr. no debe confundir a propósito del origen de su contenido. Sus reglas y principios son en primer término *nacionales*, y reflejan las concepciones jurídicas, valores sociales y ponderaciones entre bienes y derechos que el legislador nacional entiende pertinentes en cada momento histórico, con independencia de que sean o no compartidos por otros. Ahora bien, los Estados pueden negociar o sumarse a convenios internacionales de DIPr., generando una comunidad normativa para las relaciones jurídico-privadas trasnacionales; de este modo se pone coto a la inseguridad jurídica ligada a la pluralidad de soluciones. El foro por excelencia para la elaboración de convenios multilaterales es la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, cuya primera sesión se celebró ya en 1893 por iniciativa de T. M. C. Asser. Para los Estados miembros de la UE la voluntad de consolidar un espacio de libertad, seguridad y justicia, a partir del Tratado de Amsterdam, de 1997, ha supuesto una fuente adicional de DIPr. a través, en general, de reglamentos que sirven a la distribución ordenada de la competencia judicial internacional entre los Estados miembros, y al reconocimiento y ejecución de las decisiones de unos en los otros conforme a un régimen privilegiado. Las normas de conflicto de origen en la UE, por su parte, tienen en su mayoría vocación de aplicación universal, de forma que cualquier situación jurídico-privada transfronteriza de que conozcan los tribunales de un Estado miembro cae en su ámbito de aplicación.

El origen del DIPr. podría remontarse a las civilizaciones más antiguas. No obstante, el nacimiento oficial suele situarse en la Edad Media, si bien entonces, y hasta el siglo XIX, no existe como área normativa independiente con un origen local, sino como parte del Derecho de las naciones: sus reglas operaban a modo de normas secundarias para coordinar las divergencias de los sistemas jurídicos locales.

El DIPr. moderno comienza en el XIX de la mano de elaboraciones doctrinales ligadas a los fenómenos nacionalistas, especialmente en Italia (P. S. Mancini) y Alemania (F. C. von Savigny). Los Códigos Civiles de la época incorporaron normas de conflicto; otras disposiciones, de carácter procesal, aparecen en las leyes sobre procedimiento. La falta de sistematización de las normas de DIPr. es una característica común a los distintos ordenamientos que se mantiene hasta entrado el siglo XX –o, en algunos países, hasta hoy. En la actualidad es cada vez más frecuente que un único cuerpo normativo reúna todas, o al menos la mayo-

ría, de las disposiciones en la materia: el ejemplo paradigmático es la Ley Federal de DIPr. suiza, de 18 de diciembre de 1987. España se mantiene al margen del movimiento codificador, si bien la modernización de las reglas de producción interna sí ha tenido lugar: de las normas de conflicto, por virtud de la modificación del Título Preliminar del Código Civil en 1974; otras modificaciones derivan de la Constitución, de convenios internacionales o de normas de la UE, que han desplazado la normativa de fuente interna. Para las normas de competencia judicial internacional, la modernización se inicia con los arts. 21 y sigs. LOPJ, texto actual según la L.O. 7/2015, de 21 de julio. En lo relativo al reconocimiento y ejecución de decisiones, el instrumento relevante es la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil.

El desarrollo del DIPr. fue mínimo en la primera mitad del siglo xx; tras la Segunda Guerra Mundial, la Guerra Fría frenó también su evolución. El resurgimiento de la disciplina se produjo a partir del último tercio del siglo, al ritmo del crecimiento exponencial de las relaciones jurídico-privadas transfronterizas, vinculada a la evolución tecnológica y la facilidad de las comunicaciones (y, en Europa, a la voluntad política de integración regional). Al auge del comercio internacional acompaña el del consumo y el turismo transfronterizos, los desplazamientos por motivos de trabajo y estudio y, recientemente, las migraciones en masa. El DIPr ha debido evolucionar para adaptarse al incremento en número de las relaciones transfronterizas, pero sobre todo a la novedad y complejidad de los problemas y retos que suscitan. Las preguntas sobre la oportunidad de revisar soluciones concretas y construcciones conceptuales son legítimas. La realidad virtual obliga a dudar del sentido y de la viabilidad práctica de soluciones basadas en la localización física y la proximidad geográfica. La relativización de las distancias provoca la puesta en contacto de culturas y tradiciones jurídicas muy diversas: solicitudes de reconocimiento de decisiones y relaciones jurídicas consolidadas en otros foros cuestionan la aptitud de nuestras normas, concebidas a la luz de un pensamiento jurídico occidental. Todo ello, en un contexto en el que predomina la voluntad de defender el Estado de Derecho y los derechos fundamentales del individuo. Para el DIPr. ello significa abandonar una concepción tradicional, savigniana, que lo consagra como disciplina eminentemente técnica e impermeable a valores; el DIPr. ha de estar al servicio de principios en la línea del resto del ordenamiento jurídico al que pertenece. Así las cosas, está llamado a evolucionar al ritmo y al hilo de los cambios en las esferas social, política y económica, a nivel nacional, regional y global. Es preciso, no obstante, que tal desarrollo se produzca de manera controlada, evitando el desorden típico que resulta de una pluralidad de fuentes descoordinadas.

BIBLIOGRAFÍA

Basedow, J.: «The Law of Open Societies – Private Ordering and Public Regulation in the Conflict of Laws», en *Recueil des Cours de l'Académie de La Haye*, v. 360 (2012).

Gaudemet-Tallon, H.: «Le pluralisme en droit international privé: richesses et faiblesses (le funambule et l'arc-en-ciel)», en *Recueil des Cours de l'Académie de La Haye*, v. 312 (2005).

Gonzalez Campos, J. D.: «Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé», en *Recueil des Cours de l'Académie de La Haye*, v. 287 (2000).

Lagarde, P.: «Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain», en *Recueil des Cours de l'Académie de La Haye*, v. 196 (1986).

Symeonides, S.: «Private International Law: Idealism, Pragmatism, Eclecticism», en *Recueil des Cours de l'Académie de La Haye*, v. 384 (2017).

Marta Requejo Isidro
Letrada del TJUE/Senior Research Fellow MPI Luxembourg

VER TAMBIÉN: ACERVO COMUNITARIO / ASILO / CÓDIGO CIVIL / DERECHO CIVIL / DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO / DIÁLOGO DE TRIBUNALES / EXTRANJERÍA / NACIONALIDAD / NEGOCIO JURÍDICO / ORDENAMIENTO JURÍDICO / SOBERANÍA / TERRITORIO / TRATADOS INTERNACIONALES / UNIÓN EUROPEA

DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

El objeto central del Derecho Internacional Público es el sistema de principios y normas que rige las relaciones jurídicas de los sujetos que componen la sociedad internacional.

Los principios y normas del Derecho Internacional se forman mediante un procedimiento de producción normativa autónomo. La concepción de los sujetos o «subjetividad internacional» es estricta y limitada en el Derecho Internacional a los entes que son titulares de derechos y obligaciones directamente establecidos en normas internacionales, frente a la amplia de «actores internacionales» propia de las Relaciones Internacionales. A su vez, no es su objeto esencial la estructura y dinámicas de la sociedad internacional (lo que interesa a otras materias afines como las Relaciones Internacionales).

El procedimiento de formación de las normas internacionales es una de las claves de su singularidad: el papel del consentimiento del Estado. La gran mayoría de las normas internacionales son creadas mediante la colaboración de dos o más sujetos del Derecho Internacional. La libertad contractual en este ordenamiento es amplísima, aunque no ilimitada.

Las normas jurídicas internacionales no son absolutos jurídicos; rigen en función del reconocimiento o aceptación de la voluntad del Estado debido a la distribución individualizada del poder político, a la limitada institucionalización y a la soberanía estatal como principio estructural del ordenamiento internacional.

El relativismo es una característica diferenciadora del Derecho Internacional: el valor del consentimiento de cada uno de los sujetos es condición general para el nacimiento de obligaciones internacionales exigibles a un Estado o una organización internacional. El consentimiento del Estado es relevante en los procedimientos de positivación de las normas internacionales.

Los casos o excepciones en los que la voluntad del Estado no es necesaria son limitados, aunque esenciales. Son, por ejemplo, en primer lugar, las normas imperativas o de *ius cogens* que imponen obligaciones a la comunidad internacional en su conjunto, al margen de la voluntad estatal. Este Derecho imperativo reconoce que el fundamento último del Derecho Internacional ya no es exclusivamente voluntarista como en el pasado. Hay núcleos normativos sobre los que no cabe acuerdo en contrario, sino que tienen un valor objetivo y universal. Esos núcleos introducen así un principio de universalismo y una jerarquía normativa entre las normas internacionales.

Los núcleos normativos de *ius cogens* internacional o Derecho imperativo son el principio de igualdad soberana, el respeto a la integridad territorial, la libre determinación de los pueblos, la solución pacífica de diferencias, la prohibición de amenaza o uso de la fuerza y el respeto a los derechos humanos. También el Derecho imperativo afecta a la naturaleza de la Zona Internacional de los Fondos Marinos y Oceánicos como Patrimonio de la Humanidad.

Una segunda excepción al relativismo son las obligaciones *erga omnes* (por ejemplo, la libertad del alta mar); también el principio de la buena fe, que limita la discrecionalidad del Estado en el ejercicio de sus competencias. El principio de efectividad es otro límite al relativismo o valor del consentimiento, al tratar de dar a los hechos consecuencias jurídicas positivas integrando la juridicidad de un acto (por ejemplo, en reconocimiento de Estados y gobiernos, nacionalidad, adquisición de territorio…). O el principio de no formalismo del consentimiento, de modo que vincula a un Estado cualquiera que sea su forma o por simples hechos concluyentes.

El proceso nomogenético del Derecho Internacional asegura, con carácter general, que la voluntad o consentimiento del Estado es imprescindible para la vigencia tanto de la norma jurídica consuetudinaria y los principios generales *(consensus generalis)* como de la convencional (consentimiento en cada acuerdo o tratado), al igual que para los actos unilaterales.

Precisamente algunos Estados que accedieron a la independencia en el siglo XX impugnaron algunas seculares normas consuetudinarias, en cuya formación no tuvieron oportunidad de sumarse o apartarse del consenso general por no existir como Estados y, además, porque algunas normas clásicas no responden ahora a sus intereses (así, sucesión de Estados, espacios marítimos, recursos naturales, derechos adquiridos y propiedad privada de los extranjeros…). Aprovecharon los procesos codificadores para incluir cambios o sembrar la duda sobre su universalización. La codificación y el desarrollo progresivo del Derecho Internacional, previsto en la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, ha propiciado un proceso abierto a la heterogeneidad actual de la sociedad internacional, al tiempo que enriquecedor, propio de un ordenamiento vivo que quiere dar una respuesta aceptada y eficaz basada en la interacción entre costumbre general y tratado. Costumbres que se vierten a tratados, costumbres *in status nascendi* que cristalizan en el tratado y normas de tratados que al extenderse su práctica más allá de los Estados partes del tratado forman nuevas costumbres.

La opinión pública no juzga la eficacia de las normas jurídicas (internas e internacionales) por los períodos tranquilos de aplicación, sino en las situaciones límites en las que se revela impotente (Raymond Aron). Hay un elevado nivel de respeto y cooperación en los ámbitos técnicos (sanitarios, transportes, aduaneros, espacio aéreo y espacios marítimos, fronteras, etc.), relaciones consulares y diplomáticas, inmunidades, etc. La violación de una norma jurídica no significa su inexistencia. Las normas jurídicas, cualesquiera, no describen la conducta de hecho tenida por los sujetos de un ordenamiento sino el modelo de conducta o patrón para juzgar lícita o ilícita una acción. Y la sanción existe, si bien por razones obvias no puede revestir las formas propias del Derecho interno.

Ciertamente, la conducta de los Estados se rige por sus intereses. Un factor que determina que las normas internacionales solo se violan en situaciones límites es el hecho de que sus intereses se expresan formalmente en reglas de Derecho que los protegen.

Cuando se viola una norma internacional, suscita una reacción amplia en la comunidad internacional naciendo una

relación de responsabilidad entre el Estado autor y el sujeto o sujetos para con los que se tenía la obligación internacional. La reacción global dependerá de los bienes públicos afectados. Hay obligación de reparar y modos de asegurar la responsabilidad internacional, como las medidas de autotutela (ruptura de relaciones diplomáticas y contramedidas), las reacciones institucionales (sanciones) y la protección diplomática.

Y cuando lo violan, ningún Estado sostiene el derecho unilateral a desvincularse, sino que busca justificación en alguna otra norma que le exonere de la responsabilidad internacional (legítima defensa, estado de necesidad, peligro extremo…) Sin ocultar que algunos Estados son refractarios al Derecho Internacional y se sustraen a todo juicio de valor mostrándose rebeldes al análisis razonado y a los criterios normativos generales.

Desde hace décadas el Derecho Internacional ya no se limita a distribuir competencias (territoriales y personales de los Estados) y a regular su mera coexistencia («Derecho relacional» o clásico). El Derecho Internacional del pasado siglo XX logró una progresiva institucionalización de sus funciones y su ampliación material a nuevos ámbitos («Derecho de cooperación»). Naciones Unidas reconoce que en el siglo XXI disponemos de «un marco jurídico internacional sofisticado que aborda todos los desafíos que tiene ante sí la humanidad, desde las relaciones entre Estados hasta la dignidad humana y el desarrollo».

La consolidación de la visión antropocéntrica del Derecho Internacional y de las relaciones internacionales, iniciada en la era de las Naciones Unidas, frente a la perspectiva estatocéntrica del pasado, ha conllevado importantes limitaciones a la soberanía de los Estados. El trato a las personas no es un asunto interno de los Estados que pueda escapar a la competencia de las organizaciones internacionales, en particular, de Naciones Unidas.

En el Derecho Internacional contemporáneo la soberanía y la independencia no son un lastre, sino que siguen siendo la condición para formar parte de la sociedad internacional, contribuir a la formación de normas internacionales y ser titular de derechos y obligaciones. Por ello, sigue exigiendo esos atributos y los protege frente a ilícitas interferencias (prohibición del uso de la fuerza, respeto a la integridad territorial, no intervención en asuntos internos…).

El Derecho Internacional de nuestros días no se limita a las normas consuetudinarias y convenios (bilaterales o multilaterales), que expresan intereses recíprocos de la alta política (la razón de Estado). El sistema internacional institucionalizado ha sido el marco impulsor para la definición de intereses comunes y la gestión centralizada de los nuevos bienes públicos internacionales.

El nuevo Derecho Internacional, tanto el *soft law* –Derecho declarativo o programático– como el *hard law* –consuetudinario y convencional– regula en ocasiones utopías todavía en este siglo XXI. Su vocación es ser conformador de la realidad social, un Derecho de anticipación. Mientras que, en el orden interno, los problemas y la sociedad preceden al Derecho que siempre va a rastras de las necesidades sociales, por el contrario, se aprecia un fenómeno inverso en el Derecho Internacional, que precede a la sociedad internacional (B. Boutros Ghali).

BIBLIOGRAFÍA

BENNOUNA, M.: «Le droit international entre la lettre et l'esprit», en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye/ Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 383 (2017).

BOUTROS-GHALI, B.: «Le droit international à la recherche de ses valeurs», en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye/ Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 284 (2000).

DOMINICÉ, C.: «La société internationale à la recherche de son équilibre. Cours général de droit international public», en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye/ Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 370 (2006)

TREVES, T.: «The Expansion of International Law», en *Recueil des Cours de l' Académie de Droit International de La Haye/ Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 398 (2019).

SUR, S.: «La créativité du droit international», en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye/Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 363 (2013).

Araceli MANGAS MARTÍN
Académica de Número y Censora de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas
Catedrática de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales
Universidad Complutense

VER TAMBIÉN: CORTE PENAL INTERNACIONAL / COSTUMBRE JURÍDICA / DEMOCRACIA GLOBAL / DERECHOS HUMANOS / DESCOLONIZACIÓN / DIPLOMACIA / JURISDICCIÓN UNIVERSAL / NACIONES UNIDAS / RELACIONES INTERNACIONALES / RESERVAS A LOS TRATADOS / SOCIEDAD INTERNACIONAL / TRATADOS INTERNACIONALES / UNIÓN EUROPEA

DERECHO PENAL

El Derecho Penal es el conjunto de normas legales en las que se describe una *conducta humana o su omisión* o, en ciertos casos, la de una *persona jurídica*, prohibida bajo la amenaza para el autor responsable de una *pena* consistente en la pérdida temporal o perpetua de derechos fundamentales o que prescribe para el autor no responsable una *medida de seguridad*.

La *legitimidad* del Derecho del Estado *(ius puniendi)* para establecer las conductas prohibidas depende del *carácter socialmente lesivo* de alguno de los *bienes jurídicos* estimados por el legislador como los más importantes de una comunidad. Existe un difundido acuerdo clásico, reflejado especialmente en los Códigos y legislaciones penales europeos y latinoamericanos, sobre el catálogo de bienes jurídicos esenciales de una comunidad: la vida, la integridad y el bienestar corporal, la libertad, el honor, la propiedad, la Administración de Justicia, la Administración, la autoridad y la integridad del Estado.

En la segunda mitad del siglo XX el catálogo de bienes jurídicos objeto de protección penal se ha extendido, particularmente por la tendencia a criminalizar comportamientos económicos socialmente lesivos para la comunidad (Derecho Penal económico).

La ciencia del Derecho Penal es una *disciplina jurídica*, que se distingue por su método y por su objeto de la Criminología, la Sociología o la Psicología criminales.

Como concepto jurídico *el delito* es definido como una *acción, subsumible bajo un tipo penal (típica), antijurídica (no justificada) y culpable*.

Los *principios fundamentales* del Derecho Penal son el *principio de legalidad* (art. 25.1 CE), y el *principio de culpabilidad*, inferido de la protección constitucional de la dignidad de la persona y del libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE):

A) El *principio de legalidad* establece que solo puede ser punible una conducta (activa o pasiva) prevista previamente en la ley *(lex praevia),* prohíbe la aplicación retroactiva de la ley e interpretar el texto legal extendiéndolo a casos análogos. El principio de legalidad exige también que la ley describa de manera precisa el comportamiento punible *(lex stricta),* en forma de tipos denominados *tipos penales* en la terminología técnico-jurídica.
   Las normas penales son prohibiciones o mandatos con excepciones. Los Códigos penales, por lo general, establecen diversas excepciones, que dan lugar a la *exclusión de la ilicitud* (legítima defensa, estado de necesidad y cumplimiento de un deber) *o la culpabilidad* (error y causas de inimputabilidad).
   Las legislaciones penales distinguen, en general, entre los delitos en los que el autor actúa con conocimiento y voluntad de cometerlos *(dolosos)* y los que son cometidos por la imprudencia o negligencia del autor *(culposos).*
   Los Códigos penales suelen diferenciar entre delitos en los que el autor actúa positivamente para infringir una prohibición y delitos de omisión en

los que el autor incumple un mandato de actuar (por ejemplo: prestar ayuda a otro en determinadas circunstancias). Luego de largas discusiones sobre su legitimidad dogmática, los Códigos más modernos (por ejemplo, Alemania, España, Austria) admiten expresamente los llamados *delitos de comisión por omisión*, que fueron originariamente producto del Derecho judicial (así, España, Italia, Argentina).

B) El *principio de culpabilidad* determina que la comisión de un delito solo será punible si al autor de la infracción puede serle reprochado su comportamiento antijurídico. En general se considera que un sujeto es reprochable, y consecuentemente culpable, cuando tuvo capacidad para cumplir la prohibición o ejecutar el mandato que le impone la ley penal. En este sentido, el autor de un delito no será culpable cuando su estado mental no le ha permitido comprender la ilicitud de su conducta (*incapacidad de culpabilidad/inimputabilidad*), o cuando ha sufrido un *error inevitable* (sobre la contrariedad al Derecho de su acción). No obstante, el error evitable sobre los hechos constitutivos del delito fundamenta responsabilidad penal a título de *culpa*, cuando esta está expresamente prevista en la ley.

En ciertos casos, la responsabilidad penal por una acción antijurídica y culpable está sometida a ciertas *condiciones objetivas de punibilidad*. Son circunstancias del hecho consideradas ajenas al tipo penal y en las que el error sobre su concurrencia sería irrelevante. Una minoría de autores cuestiona esta consecuencia y la categoría misma de la punibilidad en la teoría del delito.

En general los Derechos penales penan el delito consumado y también la *tentativa* de cometerlo, que es castigada con una pena atenuada. El art. 16 CP define la tentativa basándose en la fórmula del «*comienzo de ejecución*», de origen francés y ampliamente difundida. Por el contrario, los *hechos preparatorios*, que no alcanzan el comienzo de la ejecución, no son punibles.

En la mayoría de los Derechos penales europeos y latinoamericanos las consecuencias penales del delito son de dos especies (sistema de doble vía): las *penas* y las *medidas de seguridad*. Este doble sistema de consecuencias jurídicas fue propuesto a fines del siglo XIX y difundido en el XX por la *Internationale kriminalistische Vereinigung*.

Las *penas* comportan un reproche ético-social, mientras que las *medidas de seguridad* se aplican por razones de seguridad a sujetos que cometieron un delito de manera no culpable (inimputables). Nuestro Código Penal es en este punto inconsecuente, pues establece la *reincidencia* como una circunstancia agravante de la pena (art. 20, 8.ª), con lo cual en los casos de reiteración del delito resulta infringido el principio *ne bis in idem*, pues con esta agravante se aplica, en verdad, una pena adicional al nuevo delito cometido, por un delito anterior, que ya ha sido penado. El Tribunal Constitucional no apreció en la agravante de reincidencia una vulneración del principio de culpabilidad, que, por el contrario, admite parte de la doctrina.

Las penas pueden ser privativas de la libertad *(prisión),* privativas de derechos (inhabilitación) o pecuniarias *(multa).* La pena de muerte ha sido abolida en España por la Constitución de 1978.

Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad «estarán orientadas hacia la reeducación y la reinser-

ción social» (art. 25.2 CE). Ello no excluye, sin embargo, otros fines de las penas.

Del principio de culpabilidad también se infiere que las penas aplicadas por la comisión de un delito deben ser proporcionadas a la gravedad de la culpabilidad del autor del mismo.

En el Derecho Penal español las penas son, en principio, temporales, aunque la prisión permanente revisable (arts. 36, 92 CP) puede tener efectos equivalentes a una pena perpetua privativa de la libertad. La constitucionalidad de las penas perpetuas es muy discutida.

No solo los *autores* del delito son punibles. También lo son quienes ayudan o cooperan a su realización o inducen al autor a cometerlo. En los Derechos penales europeos existen *dos sistemas*: el *unitario*, que considera equivalentes todas las formas de participación en el delito (Italia, Austria) y el *diferenciador*, como el español, según el entendimiento de la doctrina y la jurisprudencia, que distingue los autores de los cooperadores y cómplices.

Los intentos de unificar parcialmente el Derecho Penal de los Estados de la UE no han tenido éxito. En 1997 y 2000 una Comisión de penalistas designados por la Comisión de la UE formuló el *Corpus Iuris para la protección de los intereses financieros de la UE*, que no fue adoptado, pero que ha influido parcialmente en normas comunitarias.

BIBLIOGRAFÍA

Bacigalupo, E.: *Dogmática y Ley Penal, (I y II)*. Madrid: Marcial Pons, 2004.
Bajo, M.; Bacigalupo, S.: *Derecho Penal Económico. Madrid*: Ed. Ramón Areces, 2010.
López Barja de Quiroga, J.: *Derecho Penal (Parte General)*. Madrid: Marcial Pons, 2010.
Luzón Peña, D. M.: *Lecciones de Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.
Mir Puig, S.: *Derecho Penal*. Barcelona: Reppertor, 2004.
Muñoz Conde; F.; García Arán, M.: *Derecho Penal (Parte General)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1993.
Pérez Del Valle, C.: *Lecciones de Derecho Penal*. Madrid: Dykinson, 2019. 3.ª ed.
Silva Sánchez, J. M.: *En busca del Derecho Penal*. Madrid: BdF, 2015.
Zugaldía Espinar, J. M.: *Delitos contra la propiedad y el patrimonio*. Madrid: Akal, 1987.

Enrique Bacigalupo Zapater
Prof. Dr. Dr. h. c. mult.
Catedrático de Derecho Penal
Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset

VER TAMBIÉN: AFORAMIENTO/ CODIFICACIÓN/ CORTE PENAL INTERNACIONAL/ DERECHOS FUNDAMENTALES/ ESTADO DE DERECHO/ JURISDICCIÓN PENAL/ JURISDICCIÓN UNIVERSAL/ MINISTERIO FISCAL/ POLÍTICA CRIMINAL/ SANCIONES ADMINISTRATIVAS

DERECHO PROCESAL

Conjunto de normas que tienen por objeto la regulación de las diferentes formas que existen de resolver los conflictos jurídicos y de dar cumplimiento a lo decidido. Por extensión, es aquella parte de la legislación y de la Ciencia jurídica centrada en la regulación y el estudio de los diversos modos de resolución de las controversias que se puedan plantear en la aplicación e interpretación de las distintas ramas del Derecho, así como de la ejecución forzosa de la decisión adoptada.

De acuerdo con el art. 149.1.6 CE, esta materia relativa a la «legislación procesal» es competencia exclusiva del Estado, por lo que no puede ser objeto de transferencia a las Comunidades Autónomas. A estas solo se les permitiría regular «las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del Derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas», es decir, la regulación procesal correspondiente a dichas particularidades, en la medida en que no esté previsto en la legislación nacional. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado que a las Comunidades Autónomas les está vedado «la reiteración o reproducción de normas procesales por el legislador autonómico *(leges repetitae)*», salvo cuando dicha reiteración «solo persigue dotar de sentido o inteligibilidad al texto normativo aprobado por el Parlamento autonómico dentro de sus competencias» (SSTC 71/1982, de 30 de noviembre, 173/1998, de 23 de julio, 47/2004, de 25 de marzo, 54/2018, de 24 de mayo, 13/2019, de 31 de enero, y 44/2019, de 27 de marzo). Y tampoco se «les permite, sin más, introducir en su ordenamiento normas procesales por el mero hecho de haber promulgado regulaciones de Derecho sustantivo en el ejercicio de sus competencias, esto es, innovar el ordenamiento procesal en relación con la defensa jurídica de aquellos derechos e intereses que materialmente regulen, lo que equivaldría a vaciar de contenido o privar de todo significado a la especificidad con que la materia procesal se contempla en el artículo 149.1.6 CE, sino que, como indica la expresión "necesarias especialidades" del citado precepto constitucional, tan solo pueden introducir aquellas innovaciones procesales que inevitablemente se deduzcan, desde la perspectiva de la defensa judicial, de las reclamaciones jurídicas sustantivas configuradas por la norma autonómica en virtud de las particularidades del Derecho creado por la propia Comunidad Autónoma o, dicho en otros términos, las singularidades procesales que se permiten a las Comunidades Autónomas han de limitarse a aquellas que, por la conexión directa con las particularidades del Derecho sustantivo autonómico, vengan requeridas por estas» (SSTC 127/1999, de 1 de julio, 47/2004, de 25 de marzo, 21/2012, de 16 de febrero, 92/2013, de 22 de abril y 44/2019, de 27 de marzo).

Por lo que respecta a la posible existencia de un Derecho Procesal vinculado a la Unión Europea, debe señalarse que no es una materia en la que exista una armonización normativa, centrándose los esfuerzos realizados en este ámbito en la elaboración de normas que refuercen el acceso a la justicia, la cooperación judicial internacional y el reconocimiento mutuo y ejecución de resoluciones de otros países.

El Derecho Procesal debe ser considerado como una rama autónoma del Derecho

en general, puesto que tiene su propio ámbito objetivo o material (las normas a través de las que se procede a resolver el conflicto), distinto del propio de las otras ramas jurídicas (Derecho Civil, Mercantil, Penal, etc.) que son las que definen derechos y obligaciones de los sujetos y que se aplican a la decisión con que finalice la controversia. A pesar de que en determinados contextos se alude a él como Derecho formal o adjetivo, no puede considerarse un mero instrumento de las demás ramas del Derecho, al tener su propio ámbito de aplicación, y sus conceptos y categorías específicos.

El Derecho Procesal toma su nombre de la forma más frecuente de resolver un conflicto jurídico, que es por medio de la decisión de un juez a través del desarrollo de un proceso. Por eso se ha propuesto por determinados sectores sustituir su denominación por la de Derecho jurisdiccional (es decir, el conjunto de normas que regulan la actividad de los jueces resolviendo controversias a través del proceso), pero esta alternativa no se ha generalizado, dado que deja fuera los otros medios no estatales de resolución de conflictos (arbitraje, mediación, conciliación) que también forman parte del ámbito propio de estudio de la disciplina.

Son, pues, tres las materias que integran el núcleo esencial del Derecho Procesal: la jurisdicción (incluyendo la organización judicial y el estatuto del personal judicial y colaborador de la Administración de Justicia), el proceso (entendido como la íntegra regulación de las distintas maneras de resolver un conflicto) y la acción (con la que se alude a los derechos que corresponden a los ciudadanos en relación con el Estado en cuanto que actúa como Poder Judicial).

En cuanto a su naturaleza jurídica, el Derecho Procesal se incardina, con carácter general, dentro del Derecho público, al ser la mayor parte de las normas que lo componen reguladoras de relaciones jurídicas de los particulares con el Estado, actuando este en el ejercicio de su función jurisdiccional (art. 117.3 CE). No resulta, pues, relevante, a los efectos de determinar el carácter público o privado de las normas procesales, la materia sobre la que recae el conflicto, sino la función que se está ejercitando cuando aquellas se emplean para resolver la controversia. En consecuencia, se trata de normas no disponibles para los particulares, por lo que no cabe hablar de un proceso convencional que la autonomía de la voluntad pueda crear en sustitución del previsto por la ley.

El Derecho Procesal se suele clasificar atendiendo a la rama del Derecho a cuya aplicación provee: así, se habla de Derecho Procesal civil, penal, contencioso-administrativo, laboral, constitucional, europeo o internacional. En cada uno de esos ámbitos se incluye el análisis de las normas a través de las cuales se alcanza la resolución del conflicto de que se trate, incluyendo lo relativo a los sujetos intervinientes (órgano y partes), la pretensión que se ventila (objeto), la forma de tramitar la controversia (procedimiento) y de asegurarla (medidas cautelares), la decisión que en definitiva se adopte (sentencia), así como su posible impugnación (régimen de recursos) y su eventual cumplimiento forzoso (ejecución). Algo similar sucede en relación con el arbitraje como medio alternativo a la jurisdicción para la resolución de una controversia.

Aunque es una disciplina relativamente joven, dado que hasta el siglo XIX el proceso solo se estudiaba de forma práctica como apéndice de la regulación sustantiva (generalmente con la denominación

de «Práctica forense» o «Procedimientos judiciales»), el Derecho Procesal hoy goza de un sólido estatuto dentro de la Ciencia jurídica, al estar dotado de una alta sistematización y manejar una pléyade de conceptos y categorías jurídicas perfectamente consolidados. Por otra parte, tanto la relevancia que para los Estados tiene en la actualidad la tutela de los derechos de las personas y la adecuada actuación del Estado como su garante, como la necesidad que existe de encontrar fórmulas que permitan resolver los conflictos jurídicos de la forma más eficiente posible, convierten al estudio y profundización en el Derecho Procesal en una de las líneas estratégicas de futuro en el campo de la investigación jurídica y de la promoción y reforma legislativa.

* * *

La aparición de la COVID-19 ha puesto de relieve cómo una situación excepcional puede poner en jaque el funcionamiento ordinario de la Justicia española. No solo porque no están implementadas las medidas que permitirían seguir trabajando con un mínimo de rendimiento mientras dure la situación de alarma provocada por la pandemia (fundamentalmente, la conexión a una misma red informática de todos los profesiones del foro, con posibilidad de acceder a los asuntos y realizar actuaciones; pero también la existencia de sistemas de teleconexión que permita la celebración de juicios, vistas o comparecencias on line), sino porque se va a multiplicar la litigiosidad una vez finalice aquella. A las reclamaciones de daños por la falta de previsión o negligencia de las Administraciones Públicas en la etapa previa a la extensión del contagio (en vía penal, civil o contencioso-administrativa), o a las vinculadas a determinadas medidas de protección social (desahucios, arrendamientos, hipotecarios, despidos), se unen otras provocadas por la situación de confinamiento sufrida por la población (recuperación de visitas o tiempos de custodia compartida, concursos).

La solución legal adoptada por el Gobierno para paliar la previsible situación de congestión de los tribunales ha sido un Real Decreto-ley (R.D.L.16/2020), que contiene medidas procesales para intentar evitar el colapso: prolonga los plazos procesales (que estaban suspendidos desde la declaración del estado de alarma) al determinar el reinicio de su cómputo, duplica los de interposición de recursos contra resoluciones definitivas, crea procesos nuevos y preferentes (para los casos de controversias vinculadas a las medidas matrimoniales) y permite la renegociación del convenio concursal. También acuerda medidas organizativas (como la de permitir la videoconferencia si resulta posible o regular el trabajo vespertino en las sedes judiciales). Sin embargo, mientras no se invierta en medios personales (aumento de plantillas de jueces y funcionarios) y materiales (sistema integral informático y telemático), no se logrará la modernización y agilización de la Justicia que siempre los Gobiernos dicen pretender.

BIBLIOGRAFÍA

Banacloche Palao, J.; Cubillo López, I.: *Aspectos fundamentales de Derecho Procesal Civil*. Madrid: La Ley-Wolters Kluwer, 2018.

De la Oliva Santos, A., *et al.*: *Curso de Derecho Procesal Civil*. Madrid: Ed. Ramón Areces, 2019.

Montero Aroca, J., *et al.*: *Derecho Jurisdiccional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

Moreno Catena, V.; Cortés Domínguez, V.: *Introducción al Derecho Procesal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

Julio Banacloche Palao
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad Complutense

VER TAMBIÉN: ABOGACÍA / ARBITRAJE / DIÁLOGO DE TRIBUNALES / JUECES Y MAGISTRADOS / JURISDICCIÓN CIVIL/ JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL / JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA / JURISDICCIÓN PENAL / JURISDICCIÓN SOCIAL / MINISTERIO FISCAL / **PANDEMIA: PERSPECTIVA JURÍDICA** / TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

DERECHO ROMANO

Se considera Derecho Romano el conjunto de normas jurídicas vigentes en las distintas etapas de la comunidad política romana: desde la fundación de Roma, en el siglo VIII a. C., hasta finales del XV de nuestra era, en que Constantinopla, capital del Imperio Romano de Oriente, la antigua Bizancio y actual Estambul, es invadida por los turcos. Monarquía, República, Principado e Imperio son las fórmulas políticas que se ensayan en este amplio espacio histórico.

El Derecho Romano es el sistema jurídico que ha alcanzado un mayor grado de perfección en la Historia de la humanidad, no solo por la justicia de sus contenidos, sino también por la técnica y la lógica perenne de la argumentación jurídica. La experiencia iusprivatística romana, el *ius privatum*, constituye la manifestación clásica de la Ciencia del Derecho, que trasciende el periodo de tiempo en que se produce, para conformar el pilar básico sobre el que se asienta el Derecho privado continental europeo. La mayoría de los conceptos, instituciones, reglas y soluciones a los problemas que se regulan en los Códigos de las naciones de la Europa continental e Iberoamérica tienen su origen en el Derecho romano. La ordenación sistemática de las instituciones y la forma de resolver los conflictos, en una sociedad como la romana en constante expansión, se consideran asimismo aportaciones clásicas de este Derecho.

La influencia del Derecho público de Roma en la Historia de Europa es también continuada en el tiempo, comenzando por los propios ideales de la comunidad europea, que Roma recibe de Grecia y desarrolla en la estructura constitucional y administrativa de la República y el Principado. El ideal democrático ateniense, germen de la convivencia política europea y referente de civilización y de libertad, se ensaya en la República romana a lo largo de casi seis siglos, en cuyos últimos años, la libertad, en palabras de Cicerón, aún se continúa identificando con el sometimiento a las leyes públicas y la ausencia de reyes.

Por otra parte, son múltiples y variadas las enseñanzas que depara el estudio de los principios y normas constitucionales, administrativas, penales, fiscales e internacionales romanas, como se induce de términos y expresiones como: *ius poenale*, *ius fisci*, *ius gentium*, *ius publicum*, *rempublicam administrantem*, *crimina*, *delicta*, *iniuria*, *crimen de vi publica* y *de vi privata*, *crimen calumniae*, *crimen falsi*, *res publicae in patrimonio populi*, *res publicae in usu publico*, *res fiscales*, *res comunes*, *publicatio*, *utilitas publica*, *utilitas omnium*, *ager publicus*, *aerarium*, *fiscum*, *tributum*, *thesaurus*, *fraus fisci*, *advocatus fisci*, *commissum*, etc.

Roma inventa el Derecho en Occidente, y ensambla por vez primera, en expresión orteguiana, el Oriente y el Occidente de Europa. El Estado romano, que llegó a extenderse por la mayor parte del solar europeo, por la fuerza de las armas, pero también por el respeto de las costumbres e instituciones de los pueblos anexionados, las alianzas concertadas y la racionalidad de las leyes, supuso un elemento de cohesión y un cauce de difusión de la cultura grecorromana. Nos cuentan la historia de Roma, escribe Ortega, con un ritmo creciente tan próximo a la perfección, que más que una crónica parece que estamos escuchando una sinfonía.

Al largo proceso de anexión de la península ibérica aluden dos grandes historiadores separados por un lapso de casi veinte siglos: Tito Livio, cuando subraya que fue Hispania una de las primeras provincias anexionadas a Roma y la última en ser sometida, y Mommsen, cuando afirma que fue Cádiz, la Gadir fenicia, la Gades romana, la primera ciudad extranjera de la comunidad romana que adoptó el Derecho y la lengua de Roma.

A fines del siglo IV d. C. se produce la división del Imperio romano en dos partes: Occidente y Oriente. A mediados del V es derrocado el Imperio de Occidente y los pueblos germanos ocupan las provincias del Imperio, primero como aliados de los romanos y con posterioridad como únicos gobernantes, si bien en los códigos germánicos el Derecho romano continúa teniendo una influencia notable.

En el siglo VI Justiniano, emperador de Oriente, en una época de esplendor y de renacimiento de ideas clasicistas, aspira a la restauración del antiguo Imperio. Con escaso éxito en los planos político, territorial y religioso, logra de forma plena la finalidad perseguida en el ámbito legislativo con la publicación de la Compilación del Derecho vigente que, conocida como *Corpus Iuris Civilis* a partir del siglo XVI, puede considerarse como la codificación jurídica más relevante y de mayor influencia en la Historia de la humanidad, por su contenido y por la propia magnitud de la obra. La compilación consta de tres partes, las Instituciones y el Digesto, del 533, y el Código del 534, a las se adicionan las nuevas constituciones, conocidas como *Novellae leges* o *Novelas*.

El Digesto recopila las obras fundamentales de la Jurisprudencia clásica, dividida en 50 libros, sistematizados y ordenados por materias. Generaciones y generaciones de juristas se han formado en su estudio y sobre sus materiales se ha construido la Ciencia del Derecho. Ha escrito Ángel Latorre que el Digesto es el libro que mayor influencia ha tenido en la cultura occidental después de la Biblia. Para Hernández Gil, el Digesto es la mente en sociedad que afronta los problemas de la convivencia.

La enseñanza del Digesto justinianeo en la Bolonia del siglo XI está en el origen de la que fue la primera universidad europea. Los estudiantes y profesores venidos de numerosos pueblos de Europa reciben las enseñanzas que derivan del Derecho romano, considerado como el Derecho natural o la razón escrita. Desde el siglo XII hasta el XVI, es el elemento fundamental, junto con el Derecho Canónico, del *Ius Commune* europeo.

A partir del XVI el Derecho romano es referente por excelencia de los Derechos de las naciones europeas, que se constituyen, en buena medida, sobre la base de las antiguas provincias romanas: Italia, Córcega, Cerdeña, Sicilia, Galia, Hispania, Britania, Germania, Dalmacia, Lusitania, Helvecia, Belgium, Macedonia, Tracia, Dacia, etc., hasta un total de 120. África y Asia son dos provincias romanas, que acaban dando nombre a dos continentes en los que se ubican provincias romanas como Mauritania, Numidia, Egipto, Judea, Arabia, Armenia, Mesopotamia y Asiria. Al igual que la provincia, el municipio, de acusada raigambre europea, es también una creación romana.

Entre los siglos XVI al XIX, la huella del Derecho romano pervive en los principales estudiosos del pensamiento jurídico, así en Cuyacio, Voet, Grocio, Descartes, Montesquieu y Bodin, algunas de cuyas aportaciones, en el marco del *ius publicum*, se realizan sobre la base de las fuentes romanas.

Ideas básicas provenientes de la República romana han servido como modelo en la Revolución francesa, en los Estados liberales y en los actuales sistemas democráticos. En los dos principales Códigos civiles europeos, el francés de Napoleón de 1804 y el alemán de 1900, el Derecho romano constituye su principal referente.

Marx afirma en su libro sobre el 18 Brumario que la instauración revolucionaria de la sociedad burguesa fue hecha con trajes romanos y con frases romanas, y en las revoluciones independentistas americanas se aludió constantemente a *res publica*, a *libertas*, a lo romano, a la austeridad, con esa tendencia de las revoluciones modernas, en palabras de Octavio Paz, «de pensar en la imitación de las virtudes antiguas».

En el plano de la dogmática jurídica, la Pandectística alemana del XIX crea un sistema lógico de conceptos con pretensiones de universalidad que puso las bases de la Ciencia del Derecho privado europeo.

El Derecho es, en suma, un producto histórico y un punto de vista sobre la justicia. El estudio aséptico del Derecho positivo, incluso del vigente en un periodo en el que su conformación se haya producido con arreglo a criterios político-democráticos, sin una valoración histórica y filosófica de las normas jurídicas, comporta el riesgo de producir una percepción sacralizada o dogmática de la ley, que daría como resultado una figura de experto en normas en vigor, que no distaría mucho de la vilipendiada imagen del leguleyo.

Ha sido un jurista romano del siglo III, Ulpiano quien, de forma imperecedera, ha expresado el ideal del jurista justo: «A los juristas se nos puede llamar sacerdotes porque rendimos culto a la justicia, profesamos el conocimiento de lo bueno y equitativo, separando lo justo de lo injusto, discerniendo lo lícito de lo ilícito y buscando con ansia la verdadera filosofía y no la aparente», y establecido los preceptos básicos que conforman la virtud suprema de la justicia: «Dar a cada uno lo suyo, no hacer daño al prójimo y vivir honestamente».

BIBLIOGRAFÍA

Álvarez Suárez, U.: *La Jurisprudencia romana en la hora presente*. Madrid: Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1966.

Fernández de Buján, A.: *Derecho público romano*. 23 ed. Pamplona: Aranzadi, 2019.

Koschaker, P.: «Europa y el Derecho romano», en *Revista de Derecho Privado*, 16 (1957).

Latorre, A.: *Valor actual del Derecho romano*. Barcelona: Dirosa, 1977.

Talamanca, M.: *Istituzioni di Diritto romano*. Milano: Giuffré, 2016.

Antonio Fernández de Buján y Fernández
Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España
Catedrático de Derecho Romano
Universidad Autónoma de Madrid

VER TAMBIÉN: CODIFICACIÓN / CÓDIGO CIVIL / *COMMON LAW* / DICTADURA / NEGOCIO JURÍDICO / TEORÍA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO

DERECHO Y MORAL

La relación entre el ámbito jurídico y el moral ha generado habitualmente polémica. Sin duda porque conceptos como Derecho, Moral y, por si fuera poco, Ética se han prestado a posturas muy diversas; tanto en su propio contenido como en su mutua relación.

Abordo el problema desde mi personal emplazamiento jurídico, consciente de que la óptica sería distinta desde un punto de vista diverso. Propongo entender por ético todo lo que hace referencia a cómo debe comportarse una persona. Esto tropezará con otras versiones terminológicas; por ejemplo, quien es, por el momento, el más prestigioso filósofo del Derecho nos hablará de planteamientos éticos denominándolos en alemán «normativos».

Sin salir de tan amplio territorio, es obligado distinguir entre el mínimo ético necesario para que resulte posible una convivencia que merezca considerarse humana y las exhortaciones maximalistas derivadas de uno u otro código moral. El Derecho no aspira a garantizar la felicidad, la utilidad o la santidad de los ciudadanos; aspira a ajustar las relaciones sociales para hacer más humana la convivencia. De ahí su parentesco –no siempre bien entendido– con la justicia. El Derecho pretende hacer justicia objetivamente, lo que no exige que el sujeto de la actividad jurídica sea moralmente justo, aunque no vendría nada mal. El Derecho, de relacionarse con alguna virtud moral, sería más bien inseparable de la prudencia; de ahí lo de jurisprudencia. El imprudente sería siempre un jurista perturbador. La virtud de la justicia, como nos enseñaron ya los romanos, es un hábito moral que inclina a dar a cada uno lo suyo; pero determinar lo suyo de cada uno es una actividad jurídica y no un meritorio esfuerzo moral.

La relación entre los tres conceptos planteados se complica aún más si entra en juego la religión. La justicia objetiva a la que nos hemos referido es, por definición, horizontal; de ahí el papel de la igualdad como valor superior del nuestro ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE). La religión, por el contrario, tiende a girar en torno a una tensión vertical, dado el habitual protagonismo de los dioses de turno. La respuesta exigible en el trato con ellos tenderá a resultar maximalista, desbordando los límites de lo jurídico. Esto explica que los planteamientos de herencia greco-romana, desarrollados luego por la escolástica cristiana, puedan identificar Ética con Moral y acabar concibiendo el Derecho como un mínimo ético alojado en el maximalismo de una Moral obligada a satisfacer a un dios celoso; aunque tal postura acabe también suscribiéndola un agnóstico y prestigioso teórico del Derecho, norteamericano en este caso.

Lo curioso es que resultado similar acabe hoy derivando de planteamientos herederos del positivismo jurídico. En efecto, esta teoría del Derecho convirtió a la neta separación entre Derecho y Moral en su seña de identidad. Entendió el Derecho –con una querencia formalista– como la normativa puesta por una autoridad legitimada al efecto. Le preocupaba lo que, puesto con la forma homologada, era –de hecho– jurídico, mientras que consideraba moral y metajurídica cualquier propuesta sobre cómo debería ser el Derecho. Cuando la misma racionalidad científica ha hecho im-

posible seguir admitiendo que solo sea jurídico lo formalmente considerado como tal, ha acabado asumiendo, no que es obligado admitir la existencia de exigencias jurídicas antes de aparecer como formalmente puestas –lo que llevaría a rendirse al iusnaturalismo– sino que prefiere calificarlas como morales y dar por hecho que no pocas veces –por no decir todas– el juez, jurista por antonomasia, tendrá que recurrir a criterios morales para aplicar el Derecho. Tal conclusión, catalogada por algunos autores como post-positivista, no deja de tener su mérito.

Más allá del derbi que, durante siglos, ha ido enfrentando a iusnaturalismo y positivismo como eternos rivales, no faltará quien –dando pocas facilidades para acertar al atribuirle camiseta– considere, como los viejos escolásticos, que el Derecho se aloja en el ámbito de la Moral, haciendo así imposible la deseable frontera, dentro de lo ético, entre mínimo jurídico y maximalismo moral.

La cuestión se complicará si vuelve a entrar en liza lo religioso, dada la querencia a identificarlo con lo moral. Esto lleva a ignorar que el decálogo bíblico contiene preceptos jurídicos. Precisamente por tratarse de sugerencias de sentido común, ante la triste experiencia de que se trata del menos común de los sentidos, han sido revelados por vía religiosa tallados en sólida piedra. No matar, no robar o no mentir son contenidos básicos del mínimo ético que el Derecho aspira a garantizar. Lo jurídico no es un mero elemento coactivo, destinado a imponer las exigencias morales más relevantes; al contrario, es el mínimo ético jurídico –por ser, además de mínimo, indispensable– el que generará una obligación moral.

Es obvio que –de acuerdo con lo ya expuesto– cuando hablamos de Derecho no nos estamos refiriendo a cualquier contenido formalmente homologado, sino a exigencias éticas indispensables para lograr una convivencia humana; lo cual obliga, más allá de lo formal, a profundizar sustancialmente en lo material. A la vez, tampoco cabría considerar que la norma sustancialmente injusta no sea Derecho. Se trata de un Derecho deficiente, que sin duda perturbará y deshumanizará la convivencia; pero sería poco realista olvidar que, si no se logra sustituirlo, acabará imponiéndose de hecho. Asunto distinto es que, pese a ser Derecho, pueda generar paradójicamente una obligación moral de desobedecerlo, si el déficit democrático de ordenamiento jurídico deficiente no permite, al menos, ejercer el derecho a la objeción de conciencia.

Lo ya dicho lleva consigo una consecuencia de no menos sentido común. Ese mínimo ético ha de ser contenido indispensable de cualquier maximalismo moral. Pretender que una supuesta misericordia –que más de una vez puede ser mero síntoma de debilidad– pueda tolerar injusticias, desprecia el mínimo ético jurídicamente propuesto. Quizá una tendencia clerical a suscribirlo puede explicar que –incluso en ámbitos religiosos– haya incidido la lacra social de la pedofilia. No ha faltado algún pontífice que se haya visto obligado a recordar que con la injusticia no se juega, con ocasión de posibles «requerimientos seudopastorales».

La objeción de conciencia, a la que ya nos hemos referido, es campo en el que resulta frecuente malentender la relación entre Derecho y Moral. Cuando esto ocurre, se genera un vértigo que inclina a una actitud restrictiva. En el fondo late el olvido de que la objeción de conciencia es ante todo un derecho y no el fruto de una indebida suprema-

cía de lo moral sobre lo jurídico. El derecho a la objeción es síntoma de la madurez democrática del ordenamiento, pues se trata de respetar con su reconocimiento el juego práctico de un derecho fundamental. Asunto distinto es que haya que constatar la seriedad de la actitud del objetor, evitando cualquier instrumentalización picaresca de actitud tan digna de respeto.

No deja, por último, de tener relación con el problema que abordamos una segunda polémica, menos resaltada, que juega en paralelo a la ya señalada entre iusnaturalismo y positivismo. Esta segunda matriz teórica tendía a caer en el normativismo, amparado en la existencia de un sistema jurídico cuya plenitud haría superfluo y malicioso cualquier intento de dar entrada a elementos no contenidos ya en la norma puesta. Napoleón hizo famosa tal postura con su pintoresca prohibición de que el Código Civil fuera objeto de interpretación. Cuando llegaba a admitirse la posible existencia de lagunas en el sistema, se confiaba su eliminación a la entrada en juego de unos principios generales del Derecho que –en teoría– no aportarían nada que no estuviera ya implícito en él. Algo así como un zumo obtenido de los contenidos legales convertido en espray con el que calafatear las porosidades advertidas.

En realidad, buena parte de las actuales Constituciones, como refleja el capítulo tercero del título primero de la nuestra, reconocen la existencia de unos principios prelegales, cuyo respeto y protección «informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos» (art. 53.3 CE).

BIBLIOGRAFÍA

Benedicto XVI: *Discurso ante los miembros del Tribunal de la Rota Romana en la inauguración del Año Judicial*. Ciudad del Vaticano, 2010.

Bobbio, N.: *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*. Milano: Edizioni di Comunità, 1995.

Díez-Picazo, L.: Voto particular a la STC 34/1981, de 10 de noviembre.

Dworkin, R.: *Sovereing Virtue. The Theory and Practice of Equality*. Cambridge: Harvard University Press, 2000.

Habermas, J.: «Vorbereitende Bemerkungen zu einer Theorie der kommunikativen Kompetenz», en *Theorie der Gesellschaft oder Socialtechnologie*. Frankfurt: Suhrkamp, 1971.

Andrés Ollero Tassara
Académico de Número de la
Real Academia de Ciencias Morales y Políticas
Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad Rey Juan Carlos
Magistrado del Tribunal Constitucional

VER TAMBIÉN: DERECHOS HUMANOS / DESOBEDIENCIA CIVIL / EFICACIA JURÍDICA / IUSNATURALISMO / JUSTICIA / LIBERTAD POLÍTICA / OBJECIÓN DE CONCIENCIA / POSITIVISMO JURÍDICO / TEORÍA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO

DERECHOS FUNDAMENTALES (CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA)

El término «derecho fundamental» es una expresión que ha sido tomada de la dogmática alemana y que hizo fortuna en el constitucionalismo europeo de posguerra. La Constitución Española la emplea en la sección primera del capítulo segundo de su título primero (añadiéndole «y de las libertades públicas»), y en el artículo 82. En ella se han acrisolado la tradición germánica de los «derechos públicos subjetivos» de finales del siglo XIX y principio del XX, y la incorporación a las Constituciones de los derechos humanos, transformados en «fundamento» del orden constitucional. En los «derechos fundamentales» se sintetiza la reivindicación continental revolucionaria de los «derechos y libertades del hombre y del ciudadano», que el constitucionalismo clásico plasmó en las «declaraciones de derechos» como condición esencial del nuevo Estado de Derecho liberal y sus Constituciones; y la norteamericana de los *Civil Rights* como expresión constitucionalizada de las libertades naturales que la Federación debía proteger frente a los posibles abusos del poder estatal.

Lo capital de este concepto constitucional es precisamente que encierra en un único término la definición de derechos de rango constitucional caracterizados, no tanto por su contenido –que también–, como por su posición en el sistema jurídico. Un derecho fundamental es un poder jurídico individual o colectivo indisponible al poder público, y especialmente al legislador, justo por su rango constitucional. Es una garantía constitucional de la intangibilidad al poder público de la vinculación negativa de las personas al ordenamiento jurídico en ciertos ámbitos de la realidad (está permitido todo lo que no está prohibido), propia de una Estado democrático de Derecho. Un derecho fundamental es, pues, la *prohibición constitucional de la prohibición*; es decir, que en ciertos ámbitos de la realidad (ideología, religión, integridad y dignidad, intimidad, honor, opinión, información, asociación, reunión y manifestación, etc.), enumerados en las declaraciones de derechos contenidas en las Constituciones, esos permisos de actuación que garantizan a las personas que se pueden conducir en ellos libremente, no podrán ser objeto de prohibiciones impuestas por el poder público. En eso consiste la «libertad» en sentido jurídico constitucional (STC 244/1991, FJ 2). Lo que distingue esta figura de otros derechos establecidos también en una Constitución es que su contenido (el permiso constitucional que albergan) no está a disposición del legislador, ni para hacerlo efectivo (eficacia directa de los derechos), ni es el legislador quien pueda disponer de su contenido (95/2003, FFJJ 3 y 4). El derecho fundamental tiene el que la Constitución le fija, no el que el legislador le imponga. Sin perjuicio de que el legislador (y solo él) los pueda limitar bajo ciertas condiciones (STC 292/2000, FJ 11). Esta es la fundamental diferencia entre los «derechos fundamentales» y los «derechos sociales».

La jurisprudencia constitucional ha sostenido que todo derecho fundamental posee dos dimensiones, una subjetiva y otra objetiva (SSTC 18/1984, FJ 6, y 53/1985, FJ 4). La primera se refiere a que todo derecho fundamental es un poder jurídico: la capacidad de imponer a terceros deberes de hacer o no hacer.

Su dimensión subjetiva apela precisamente a su esencia como derecho subjetivo, la atribución a su titular del poder de o bien actuar como considere oportuno en ciertos ámbitos de la vida (opinar o no opinar libremente), o bien de imponer a terceros la prohibición de ejercer sobre él poder público (la inviolabilidad del secreto de las comunicaciones, por ejemplo). Los primeros son los clásicos derechos de libertad, como la libertad de expresión o de asociación, y los segundos los derechos reaccionales, como la inviolabilidad del domicilio. Los primeros imponen a los demás el deber de abstenerse de cualquier acción que impida al titular ejercer el derecho (o no ejercerlo) y de soportar las consecuencias de su decisión. Los segundos garantizan el respeto de la prohibición que pesa sobre terceros de realizar determinados actos, como interferir una comunicación privada o irrumpir en un domicilio privado sin permiso de sus moradores o sin el amparo de una orden judicial (art. 18.2 y 3 CE). Pero también poseen una importante dimensión objetiva como norma constitucional que programa y condiciona el contenido del ordenamiento jurídico infraconstitucional (principio de irradiación de los derechos). Ninguna norma ni acto jurídico del ordenamiento puede ser contrario a lo dispuesto en un derecho fundamental en su condición de norma constitucional objetiva que condiciona la validez de las restantes normas del ordenamiento jurídico. No solo eso, sino que, además, esa dimensión objetiva y programadora del contenido de las restantes normas y actos del ordenamiento impone a los poderes públicos el deber de garantizar la igualdad en su disfrute y de asegurarlo removiendo aquellos obstáculos que puedan oponerse a su efectivo ejercicio (deber positivo de protección de los derechos fundamentales a cargo del Estado). Ya no basta para su protección con que el Estado se abstenga de interferir, sino que el Estado en ocasiones debe de intervenir activamente para su mejor y más eficaz garantía, lo que en muchos casos incorpora al contenido de cada derecho fundamental una dimensión prestacional consistente en el derecho de su titular a que el Estado le preste ciertos bienes o servicios para ejercerlo plenamente y en condiciones de igualdad (arts. 9.1 y 2, y 149.1.1 CE). Esta dimensión objetiva explica en qué medida los derechos fundamentales, originariamente diseñados como garantías frente al Estado, también gozan de eficacia en las relaciones *entre sujetos privados,* aunque no se trate de relaciones de poder. Ello es así, porque en sus relaciones jurídicas o en las normas que regulan sus relaciones jurídicas no puede haber reglas contrarias a los derechos fundamentales (STC 53/1985, FJ 4).

Los derechos fundamentales, como trasunto constitucional de los derechos humanos, tienen una vocación universalista (art. 10.1 CE). Es por ello que lo habitual es que sus titulares sean cualquier persona e incluso agrupaciones de personas. Sin embargo, no resulta infrecuente que ciertos derechos fundamentales se reserven para los nacionales del Estado. Ese suele ser el caso de los de participación política (art. 23 CE), o aquellos en los que el elemento de extranjería puede tener alguna relevancia, como para la libre circulación y establecimiento en el territorio del Estado (art. 19). Alguna dificultad plantea, no la titularidad, pero sí el ejercicio de los derechos por menores de edad, personas declaradas judicialmente incapaces o con alguna discapacidad física o psíquica, pues su disfrute puede estar mediatizado por su representante o tutor legal, o requiere del concurso de un representante del Estado encargado de velar por

el interés del titular (SSTC 215/1994, 141/2000, 288/2000, 311/2000).

No obstante todo lo dicho, los derechos fundamentales no son derechos ilimitados (STC 2/1982, FJ 5). Un límite a un derecho fundamental no es más que la negación de su protección a una de las posibles conductas que en principio podrían constituir uno de sus objetos de amparo. Su propia naturaleza como normas constitucionales les impone un límite lógico ineludible, pues no cabe que un derecho fundamental proteja conductas que atentan contra otras normas constitucionales. En ocasiones la propia norma constitucional limita expresamente el derecho que regula, como cuando se garantiza el derecho de reunión y manifestación «pacífica y sin armas» (art. 21 CE). Todos los sistemas constitucionales apoderan también al legislador para establecer límites, bien concretando los que resultan de la propia Constitución, o bien estableciendo otros con los que se pretende la garantía de bienes, intereses o derechos de terceros bajo ciertas circunstancias (STC 292/2000, FJ 11). La única limitación a los límites (efecto de reciprocidad) es que en ningún caso sean tan extensos, desproporcionados o injustificados como para desnaturalizar el objeto mismo del derecho fundamental (garantía del contenido esencial del derecho) (STC 292/2000, FJ 15).

Un supuesto particular de limitación de los derechos es el previsto en los denominados estados de crisis, que la CE regula en el artículo 116 (desarrollado en la L.O. 4/1981). Es frecuente encontrar en las Constituciones normas que regulan la forma de conducirse el Estado en casos de calamidades naturales o sanitarias, graves disturbios o conflictos armados. En esos supuestos y con distintas intensidades, las Constituciones suelen atribuir poderes especiales al Ejecutivo por un tiempo determinado para hacer frente a la crisis. *Es habitual que en ese contexto se autorice al Ejecutivo la limitación de ciertos derechos fundamentales de forma más intensa de lo constitucionalmente posible en situaciones de normalidad (caso de la libertad de circulación en los estados de alarma del citado artículo 116 CE),* e incluso su suspensión (como ocurre en los supuestos de estados de emergencia y sitio del artículo 116 CE). La suspensión de un derecho fundamental técnicamente no es una limitación, sino la negación temporal de la existencia del derecho mismo, de manera que su contenido deja de estar amparado constitucionalmente y queda a disposición plena de los poderes públicos. El artículo 55 CE prevé la posibilidad constitucional de una suspensión general de determinados derechos en el caso de ciertos estados de crisis, y una individual en el marco de la lucha antiterrorista. El TC tuvo ocasión de pronunciarse tanto sobre los límites constitucionales de la suspensión individual de derechos (STC 25/1981), como sobre el rango del decreto que declara el estado de alarma en la STC 83/2016. *Recientemente el ATC de Pleno de 30 de abril de 2020 lo hizo sobre la debida proporcionalidad de los límites de derechos fundamentales durante un estado de alarma.*

La evolución de los últimos años de la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales ha puesto sobre la mesa algunas cuestiones especialmente interesantes y que a buen seguro marcarán su evolución futura. De un lado, los problemas dogmáticos que está planteando el papel de los Tribunales Constitucionales que utilizan los derechos como excusa para imponer cierto orden de valores. Otro asunto de gran actualidad es la idea de que el contenido de los

derechos fundamentales ya no es, o no solo es, el que dispone cada singular Constitución, sino que es el que resulta de un supuesto «diálogo» entre jurisdicciones nacionales e internacionales en busca de estándares comunes y homogéneos de protección eludiendo en ocasiones la letra de las Constituciones nacionales, y que en el caso español parece facilitar la remisión a los tratados internacionales sobre derechos humanos del art. 10.2 CE (STC 26/2014). El mundo digital es otro importante reto para la dogmática de los derechos, que también se interpretan a la luz de los mandatos del Estado social. De hecho, existe una creciente demanda para elevar al rango de fundamentales muchos de los que hasta la fecha eran considerados derechos sociales, como el derecho a una vivienda digna, a un medio ambiente sano y sostenible o a un trabajo digno.

BIBLIOGRAFÍA

Alexy, R.: *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centros de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.

Bastida Freijedo, F. J., *et al.*: *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*. Madrid: Tecnos, 2005.

Böckenförde, E.-W.: *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden-Baden: Nomos, 1993.

Cruz Villalón, P.: «Origen y evolución de los derechos fundamentales», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 25 (1989).

Diez Picazo, L. M.ª: *Sistema de derechos fundamentales*. Pamplona: Civitas Thomson Reuters, 2013.

Ignacio Villaverde Menéndez
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Oviedo

VER TAMBIÉN: ASOCIACIONES / BIOCONSTITUCIÓN / CALIDAD DEMOCRÁTICA / DEMOCRACIA / DEBERES CONSTITUCIONALES/ DERECHOS SOCIALES / ESTADO DE DERECHO / ESTADO DEMOCRÁTICO / IGUALDAD ANTE LA LEY/ JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL / LIBERTAD DE EXPRESIÓN / LIBERTAD RELIGIOSA / **PANDEMIA: PERSPECTIVA JURÍDICA** / PROTECCIÓN DE DATOS / REUNIÓN Y MANIFESTACIÓN

DERECHOS SOCIALES

Los derechos sociales se concibieron inicialmente como normas programáticas o intereses legítimos antes que como derechos subjetivos, debido a que se concebía que los derechos constitucionales plenamente exigibles se reducían a aquellos derechos de libertad clásicos, susceptibles de tutela directa e inmediata en sede judicial y/o constitucional. De ese modo, el enfoque de protección de los derechos sociales solo se restringía a uno de carácter reparador, más no prestacional.

Sin embargo, modernamente se concibe que todos los derechos fundamentales –civiles y políticos, así como económicos, sociales y culturales– consagrados en la Constitución constituyen derechos subjetivos; y, por tanto, gozan de la fuerza normativa proveniente de su configuración más general o específica desarrollada por la jurisdicción constitucional, evidenciando su carácter de obligatorio respeto y garantía por el Estado (V. Abramovich y C. Courtis).

El debate respecto a la exigibilidad directa e inmediata de los derechos sociales ha respondido a diversas razones. Una de ellas radica en su carácter de «derechos de desarrollo legislativo». En el caso de los derechos fundamentales civiles y políticos, se señala que su exigibilidad judicial es directa e inmediata, pues para tales efectos no requiere norma legal previa; mientras que en el caso de los derechos fundamentales sociales su exigibilidad requeriría de una norma legal complementaria o intermedia que precise los alcances secundarios del mismo.

Además, en el caso que la Constitución prevea un derecho económico, social y/o cultural pero que no ha sido desarrollado por el legislador, se discute si el juez podría cubrir esa laguna o vacío de la norma. Al respecto, se ha señalado que la pretensión constitucional de los derechos sociales es tan general que no pueden deducirse pretensiones jurídicas concretas por vía de la interpretación judicial; sino más bien, se dirigen a la aplicación inmediata del legislador y subsecuentemente de la Administración Pública (E.-W. Böckenförde).

En el sistema universal, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha cumplido un rol de suma importancia, pues, mediante la emisión de diversas observaciones generales, ha desarrollado el alcance de las obligaciones contraídas por los Estados en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Nueva York (1966) y el contenido de los derechos consagrados en dicho instrumento.

Así, el Comité DESC ha dispuesto que los Estados, a fin de brindar una cobertura mínima a los derechos económicos, sociales y culturales, deben realizar todas las medidas necesarias hasta el máximo de los recursos que disponga (O. G. n.º 3). Asimismo, ha consagrado en diversas observaciones generales parámetros de supervisión de derechos como la vivienda adecuada, alimentación adecuada, educación, salud, trabajo y Seguridad Social; en base a elementos como la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad, que cada Estado debe resguardar.

En el sistema europeo, si bien el Convenio Europeo de Derechos Humanos (Roma, 1950) no reconoce una amplia

gama en materia de derechos sociales, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha encargado de su protección vía indirecta en conexión con los derechos civiles y políticos; tal y como sucedió en el caso *López Ostra v. España* (1994), en el cual frente a la contaminación ambiental se tuteló el derecho a la vida privada y a la familia de las víctimas, resguardando indirectamente el derecho a la salud.

Luego de diez años de adoptado el CEDH, se creó la Carta Social Europea (Turín, 1961), instrumento internacional de mayor contenido en materia de derechos sociales, y sobre el cual el Comité Europeo de Derechos Sociales podría pronunciarse directamente. De tal manera, se impulsó la justiciabilidad de los DESC en el ámbito europeo, pues casos como el de *Centre on Housing Rights and Evictions v. Italy* (2010) –en el cual se responsabilizó a Italia por la condiciones de vivienda inadecuadas y el desalojo forzado de comunidades de migrantes– contribuyeron a que se visibilice la exigibilidad de los derechos sociales, como el de la vivienda.

Por su parte, las Altas Cortes de América Latina han empezado a dar un impulso sustantivo y procesal a la tutela de los derechos fundamentales sociales, sobre todo a través de los procesos constitucionales; a fin de proteger derechos como el trabajo, Seguridad Social, educación, salud, alimentación, entre otros. Esto, como consecuencia principal del impulso por diversos tratados internacionales de derechos humanos y pronunciamientos de los organismos de protección regional, provenientes del sistema universal, interamericano, europeo y africano.

En el ámbito interamericano, si bien es cierto que inicialmente existieron resistencias respecto a la exigibilidad directa e inmediata del art. 26 de la Convención Americana (San José de Costa Rica, 1969) –el único que contiene la protección convencional de los derechos sociales– este fue recién declarado violado de manera autónoma en el caso *Lagos del Campo v. Perú* (2017), debido al despido arbitrario, la privación de la Seguridad Social y la ausencia de tutela del derecho a la estabilidad laboral que sufrió la víctima del caso.

Asimismo, la Corte con sede en San José también ha utilizado el Protocolo de San Salvador para la protección de los derechos sociales. Concretamente, el Alto Tribunal ha tutelado el derecho a la educación a través del art. 13 en el caso *Gonzales Lluy v. Ecuador* (2015), pues observó que la víctima era una niña, mujer, y en condición de pobreza, que además de ostentar la condición de persona con VIH, se enfrentó a obstáculos y estigmatización en el acceso a la educación.

Finalmente, en el ámbito africano, los derechos económicos, sociales y culturales han obtenido una protección más pronta y efectiva. La Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos (Carta de Banjul), a diferencia de la CADH y el CEDH, contiene un amplio catálogo en materia de derechos sociales y sobre los cuales se han emitido importantes pronunciamientos. En tal sentido, la Corte Africana de Derechos Humanos, en el caso de la *Comunidad Ogiek v. Kenya* (2017), en el cual las víctimas sufrieron múltiples desalojos forzosos de sus territorios ancestrales y que repercutieron en diversos derechos sociales, entre ellos el derecho al desarrollo y a la cultura.

Lo mencionado anteriormente nos brinda una mirada panorámica sobre el estado

actual de protección de los DESC. Esto es de suma importancia pues nos encontramos frente a un *proceso de internacionalización del Derecho Constitucional y de constitucionalización del Derecho Internacional,* por lo que los avances que se desarrollen por los diversos sistemas de protección universal y regionales deben armonizarse con el Derecho interno de los Estados, a fin de brindar una adecuada protección de los derechos económicos, sociales y culturales de la ciudadanía.

BIBLIOGRAFÍA

Abramovich, V.; Courtis, C.: «Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales», en R. Gargarella, coord.: *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*. Tomo II. *Derechos*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2009.

Böckenförde, E.-W.: *Escritos sobre Derechos Fundamentales.* Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft*,* 1993

Comité Europeo de Derechos Sociales. Demanda N.° 58/2009. Caso *Centre on housing rights and Evictions* (COHRE) v. *Italy*.

Comité DESC. Observación General N.° 3. *La índole de las obligaciones de los Estados partes* (párrafo 1 del art. 2 del PIDESC).

Comité DESC. Observación General N.º 4. *El derecho a una vivienda adecuada* (párrafo 1 del art. 11 del Pacto).

Comité DESC. Observación General N.º 12. *El derecho a una alimentación adecuada* (art. 11).

Comité DESC. Observación General N.º 13. *El derecho a la educación* (art. 13).

Comité DESC. Observación General N.º 14. *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud* (art. 12).

Comité DESC. Observación General N.º 18. *El derecho al trabajo* (art. 6).

Comité DESC. Observación General N.º 19. *El derecho a la Seguridad Social* (art. 9).

Corte Africana de Derechos Humanos. Asunto N°006/2012, *Comisión Africana de Derechos Humanos c. República de Kenya*, 2017.

Corte IDH. Caso *Lagos del Campo Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C, n.º 340, párr. 153.

Corte IDH. Caso *Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C, n.º 298, párr. 91.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Demanda N.° 16798/90. Caso *López Ostra v. España,* 1994.

César Landa Arroyo
Ex Presidente del Tribunal Constitucional del Perú
Catedrático de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú y la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

VER TAMBIÉN: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS / DEMOCRACIA / DERECHOS FUNDAMENTALES / DERECHOS HUMANOS / ESTADO SOCIAL / TRIBUNAL CONSTITUCIONAL / TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA / TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

DERECHOS SUBJETIVOS

El derecho subjetivo es una situación jurídica de un sujeto jurídico que determina un título y un poder concretos organizados ambos interna y externamente por el sistema jurídico, componiéndose dicho poder de un conjunto de posibilidades de acción lícitas (facultades), entre las que destaca la de defensa del derecho, y asimismo de prohibiciones o limitaciones (abuso del derecho), y cuyo ejercicio se deja a la libre decisión de su titular. Así pues:

A) Es una *situación jurídica* que determina la relación entre «el elemento situado» y el sistema jurídico, estableciendo el régimen jurídico aplicable a dicho elemento. En todo ámbito jurídico los diversos elementos que lo componen (sujetos, cosas, actos, relaciones, derechos, etc.) tienen su situación dentro del ámbito, que viene concretada por las normas del sistema jurídico.

B) Es una situación de un *sujeto jurídico,* especialmente de una persona (física o jurídica). El concepto de sujeto jurídico es más amplio que el de persona: así, el Derecho Tributario considera sujeto a la herencia yacente. La denominación de «derecho subjetivo» quiere decir precisamente «derecho de un sujeto jurídico»; y se contrapone a la de «Derecho objetivo», con la cual se alude al sistema jurídico (ordenamiento) o a una parte del mismo.

C) Sus componentes básicos son *el título y el poder.* El título o la titularidad determina a quién pertenece un bien jurídico. El poder determina sus posibilidades de acción así como sus limitaciones. Ambos suelen ir unidos, pero no es necesario que sea así. Hay titulares de un derecho subjetivo que carecen del poder propio de dicho derecho: un niño no puede vender ni hipotecar el inmueble del que es propietario. Lo inverso también es verdad: aunque los padres del niño tengan el poder de vender o hipotecar el inmueble, no por eso tienen la titularidad del bien.

D) La función que primariamente cumple es la de *atribuir títulos o titularidades,* determinar a qué sujeto jurídico pertenece o corresponde algo (este algo es considerado por el sistema jurídico como un bien jurídico en el sentido más amplio). Las normas jurídicas que regulan los derechos subjetivos determinan los sujetos de cada uno de ellos. Así, el sujeto del derecho subjetivo de propiedad es el propietario; el del usufructo, el usufructuario, etc. La ley, en su generalidad, no puede referirse a Cayo ni a Sempronio en concreto, sino que su referencia es siempre a sujetos genéricos, como es lógico. El título define al titular, especifica quién es, y al mismo tiempo le legitima; pues lo es en virtud del reconocimiento de su título por el ordenamiento jurídico, y en eso consiste su legitimidad. La titularidad del derecho subjetivo va unida a la capacidad jurídica, es una manifestación de esta última.

E) El segundo aspecto de todo derecho subjetivo es el *poder.* Ahora bien, los poderes son de diversa especie. Existe, en primer lugar, el poder como sinónimo de libertad general: los individuos pueden hacer todo aquello que no les está prohibido. En segundo lugar, también puede significar permiso, el cual supone la exención de un deber jurídico que normalmente tendría el sujeto. El derecho subjetivo es «una situación de poder

concreto» (Federico de Castro), lo cual supone la regulación detallada de su contenido. Las normas jurídicas determinan las diversas facetas del poder propio de cada tipo de derecho subjetivo. Esas diversas facetas reciben la denominación de *facultades*. Así, si pensamos en el derecho de propiedad, vemos que conlleva múltiples facultades: el propietario puede usar la cosa, hacerse con sus frutos, venderla, darla en prenda o hipotecarla, donarla, alquilarla, etc. Además de esas facetas, que corresponden al uso y disfrute pacífico del derecho subjetivo, el sistema jurídico concede también al titular la faceta de la defensa del derecho, esto es, la acción procesal: en caso de que él lo vea peligrar por la acción u omisión de otros sujetos, tiene la posibilidad de acudir a los jueces e incoar un proceso judicial. A esta posibilidad se la denomina la facultad de acción, y también el derecho subjetivo de acción (procesal).

F) La *acción procesal* es un componente esencial de todo derecho subjetivo. Si un sujeto no puede acudir a los tribunales en demanda de su pretensión, o acude pero el tribunal declara su pretensión como carente de fundamento jurídico, entonces puede afirmarse que carece del derecho subjetivo que pretende. Así, la proclamación demagógica de «derechos» no suele corresponder a la realidad jurídica si el ordenamiento no los contempla como auténticos derechos subjetivos, para lo cual es imprescindible el respaldo de los tribunales.

G) Todos los derechos subjetivos tienen *límites,* externos e internos. Son límites externos aquellos que explícitamente imponen las leyes al recortar o prohibir algunas posibilidades de acción (p.ej., limitando la facultad de construir del propietario). Son límites internos los que establece la figura del abuso del derecho.

H) Se da un *abuso del derecho* subjetivo cuando su titular (o representante), o la persona autorizada por este, realiza una conducta que, por su propia naturaleza intrínseca, se podría considerar normal dentro de las facultades que componen el derecho subjetivo de que se trate, pero que, por el daño producido a terceros, o por atentar a la función social que todo derecho subjetivo debe cumplir, el juzgador considere que se extralimita del ejercicio del derecho que debe considerarse normal. El daño a terceros ha de ser ilegítimo o injustificado. Por tanto, la libre competencia entre los empresarios, siempre que sea leal, no puede considerarse abuso de derecho, sino todo lo contrario.

I) El ejercicio del derecho subjetivo se deja a la *libre decisión del titular* del derecho: es una manifestación de la libertad jurídica, por lo cual el titular puede ejercerlo o no, y su ejercicio puede adoptar manifestaciones varias, dentro de lo que el sistema jurídico permita. Las modalidades del ejercicio de un derecho suelen ser varias, y corresponde al titular del derecho concretarlas. Esto mismo es característico de la acción procesal: el individuo que ve afectado su derecho subjetivo puede acudir a los tribunales, o no, depende de su propia voluntad. El sistema jurídico, sin embargo, establece determinadas limitaciones a esta libertad jurídica general: por ejemplo, potestades en las relaciones paterno-filiales; o prescripción y caducidad; o cargas, en especial las cargas procesales.

Los autores proponen distintas *clasificaciones* de los derechos subjetivos atendiendo a diversos criterios: el criterio del bien jurídico protegido, el del carácter renunciable o irrenunciable del derecho, y el de la jerarquía de la normativa que los establece.

De acuerdo con el criterio del bien jurídico protegido, según división clásica del Derecho Civil, los derechos subjetivos suelen dividirse en derechos de la personalidad, derechos reales o de cosas, derechos personales o de crédito y derechos sobre bienes inmateriales (comprensivos estos últimos de la propiedad intelectual e industrial). De acuerdo con el segundo criterio, los derechos subjetivos pueden ser renunciables e irrenunciables. Renuncia es sinónimo de abandono o abdicación; no es equivalente a su transferencia a otra persona, en cuyo caso hay sucesión. La renuncia es un acto unilateral, realizado de forma expresa o implícita *(facta concludentia)* por el titular de un derecho subjetivo o de una facultad. Cada ordenamiento jurídico determina cuáles son los derechos renunciables y los derechos irrenunciables. Teniendo en cuenta el tercer criterio (jerarquía normativa), los derechos subjetivos se dividen en dos grandes grupos: derechos previstos en la Constitución y derecho regulados por las leyes y otras normas. Dentro de los derechos constitucionales destacan los derechos fundamentales, que son aquellos derechos a los que la Constitución les otorga una protección especialmente reforzada: en España, el recurso de amparo ante la jurisdicción ordinaria y ante el TC.

Sobre la *naturaleza jurídica de los derechos fundamentales* se enfrentan dos posiciones teóricas: la clásica, que los considera derechos subjetivos públicos; y la moderna, que los contempla como principios jurídicos. Esta última permite mayor libertad interpretativa a los tribunales, y en especial al TC, lo cual puede redundar a veces en detrimento de lo establecido en las leyes.

Todo derecho subjetivo, al conceder un poder a su titular, implica el *deber jurídico* de una o varias personas; deber jurídico que puede consistir en el deber de abstenerse de actuar (por ejemplo, el deber de no entrar en una propiedad ajena), o bien en el deber de realizar una prestación (deber del deudor de pagar la deuda). Los derechos subjetivos se entienden dentro del marco de una relación jurídica entre personas, de manera que al derecho subjetivo de la persona A le corresponde el deber jurídico de la persona B. En un préstamo, el prestamista (A) ha entregado una determinada cantidad de dinero al prestatario (B), momento a partir del cual B tiene el deber jurídico de ir realizando las devoluciones de acuerdo con lo pactado. A tiene un derecho subjetivo a la devolución del préstamo, y B tiene el deber jurídico de devolverlo. Se trata de una relación jurídica simple, en que intervienen dos personas, una como titular del derecho, y la otra como sujeto del deber. En una compraventa se entrecruzan derechos y deberes: el vendedor (V) tiene el deber de entregar la cosa y el derecho a que el comprador (C) le entregue el precio, mientras que este último tiene el deber de entregar el precio y el derecho de que se le entregue la cosa.

[Esta voz es un resumen de los capítulos 17 y 18 de: Gregorio Robles, *Teoría del Derecho. Fundamentos de Teoría Comunicacional del Derecho*, Vol I. Pamplona: Thomson Reuters Civitas, 1998. 6.ª ed. 2015; ahí se estudia también la evolución doctrinal del concepto de derecho subjetivo.]

BIBLIOGRAFÍA

De Castro y Bravo, F.: *Derecho Civil de España*. Parte General. Volumen I. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1955.

Gregorio Robles Morchón
Académico de Número de la
Real Academia de Ciencias Morales y Políticas
Catedrático de Filosofía del Derecho

VER TAMBIÉN: CONTRATOS / DERECHO CIVIL / DERECHO CONSTITUCIONAL / DERECHOS FUNDAMENTALES / DERECHOS SOCIALES / DIGNIDAD / IGUALDAD ANTE LA LEY / NEGOCIO JURÍDICO / OBLIGACIÓN JURÍDICA / SEGURIDAD JURÍDICA / TEORÍA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO

DESPIDO LABORAL

El despido es la extinción del contrato por voluntad unilateral del empresario. Para que sea legal, el despido debe estar basado en una serie de causas justificadas y seguir un determinado procedimiento que fija la ley, obteniendo así el efecto extintivo perseguido. En la legislación española, las causas justificadas del despido están relacionadas con la conducta del trabajador (despido disciplinario por incumplimiento del contrato de trabajo), con su capacidad profesional (despido objetivo por ineptitud del trabajador, por inadaptación a las modificaciones técnicas del puesto de trabajo o por absentismo) o con circunstancias objetivas de la empresa (despidos individuales o colectivos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, por fuerza mayor o por la insuficiencia presupuestaria en entidades sin ánimo de lucro).

A) La causa del *despido disciplinario* [arts. 49.1 k), y 54 a 57 ET] es el incumplimiento contractual grave y culpable del trabajador. El ET considera tal las faltas repetidas de asistencia o puntualidad al trabajo, la indisciplina o desobediencia en el trabajo, las ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa o a los familiares que convivan con ellos, las transgresiones de la buena fe contractual y abuso de confianza en el desempeño del trabajo, la disminución continuada y voluntaria en el rendimiento del trabajo normal o pactado, la embriaguez habitual o toxicomanía si repercuten negativamente en el trabajo y el acoso por razones raciales, religiosas, políticas, discapacidad, edad, orientación sexual o sexo.

   El procedimiento del despido disciplinario no exige declaración judicial, bastando la notificación escrita al trabajador indicando las causas y la fecha de los efectos (carta de despido). De tratarse de un trabajador afiliado a un sindicato, se deberá dar audiencia previa a los delegados sindicales del mismo. De tratarse de un representante de los trabajadores (miembro del comité de empresa, delegado de personal o delegado sindical), habrá que incoar un expediente disciplinario antes del despido.

   El despido disciplinario con causa y siguiendo el procedimiento será declarado procedente en caso de impugnación judicial. Será declarado improcedente el despido sin causa o sin haber cumplido el procedimiento, en cuyo caso el empresario estará obligado a readmitir al trabajador o a abonarle una indemnización de 33 días de salario por año de servicio con el máximo de 24 mensualidades a su libre opción, salvo que se trate de un representante, en cuyo caso el derecho de opción le pertenece a él.

   El despido será declarado nulo cuando la causa del mismo sea la maternidad de la trabajadora, sea discriminatoria o viole un derecho fundamental o libertad pública del trabajador, en cuyo caso, el empresario estará obligado en todo caso a readmitir al trabajador y a abonarle los salarios dejados de percibir.

B) El *despido objetivo* basado en la falta de capacidad profesional del trabajador podrá producirse por ineptitud sobrevenida del mismo después de contratarle o por ineptitud originaria y desconocida para el empresario,

por la falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo o por absentismo. A estas causas se asimilan legalmente las causas económicas, técnicas, organizativas o productivas cuando se trate de despidos individuales o plurales y la falta de presupuesto para mantener el contrato de trabajo en entidades sin ánimo de lucro (arts. 49.1.l), 52 y 53 ET).

El procedimiento del despido objetivo exige la comunicación escrita al trabajador indicando la causa, la concesión de un plazo de preaviso de 15 días para buscar un nuevo empleo, el pago de una indemnización de 20 días de salario por año de servicio con el máximo de 12 mensualidades y la entrega de una copia del despido a los representantes de los trabajadores en el caso de tratarse de un despido por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas.

Los efectos del despido objetivo (procedente, improcedente o nulo) serán los mismos que en el caso del despido disciplinario.

C) Los *despidos colectivos por causas económicas*, técnicas, organizativas o productivas –los que afectan en un periodo de 90 días a 10 trabajadores en empresas de menos de 100 trabajadores, al 10 por 100 de los trabajadores en empresas entre 100 y 300 trabajadores o a 30 trabajadores o más en empresas de 300 o más trabajadores, o a la totalidad de la plantilla de la empresa, siempre que el número de trabajadores afectados sea superior a cinco– siendo la ley y la jurisprudencia las que concretan la definición de estas causas (arts. 49.1 j) y 51 ET).

Desparecida la autorización administrativa de los despidos colectivos, el *procedimiento* de despido colectivo tiene dos fases (art. 51 ET):

– La fase colectiva, consistente en un periodo de consulta/negociación con los representantes legales de los trabajadores con vistas a evitar, atenuar o dulcificar los despidos, con informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Si hubiera acuerdo, el empresario lo remitirá a la autoridad laboral que podrá impugnarlo si estimase la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho. De no existir acuerdo, el empresario remitirá su decisión a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral con expresión de los despidos y de las medidas de acompañamiento que implemente.
– La fase individual, consistente en la comunicación individual a cada uno de los trabajadores despedidos del acuerdo con los representantes de los trabajadores o de la decisión empresarial extintiva en los términos señalados para los despidos objetivos.

La ley reconoce el derecho de prioridad de permanencia a los representantes de los trabajadores y los trabajadores afectados por el despido tendrán derecho a una indemnización de 20 días de salario por año de servicio con el máximo de 12 mensualidades, salvo que por convenio colectivo o pacto individual se hubiese establecido una cantidad superior. En los casos de despidos colectivos superiores a 50 trabajadores, la empresa deberá ofrecer a los trabajadores un *«plan de colocación externa»* a través de empresas de recolocación acreditadas. Cuando se trate de expedientes de regulación de empleo que incluyan a trabajadores de 55 o más años de edad, la empresa deberá abonar las cuotas destinadas a la financiación de un convenio especial con la Seguridad Social y, si incluyen a trabajadores con 50 o más años de

edad, las empresas deberán aportar al Tesoro Público una aportación económica que se fijará por reglamento.
Los despidos colectivos en las empresas concursadas se regirán por la Ley Concursal de 2003 (art. 41).

D) Los despidos por *fuerza mayor* (arts. 49.1 h) y 51.5 ET), entendiendo por tal el hecho involuntario e imprevisible o inevitable que imposibilite definitivamente el trabajo (art. 1105 CC), habrán de ser autorizados por la autoridad administrativa laboral, previa instrucción de un expediente de regulación de empleo y con independencia del número de trabajadores afectados, produciendo efectos desde la fecha del hecho causante de la fuerza mayor.
Los despidos por fuerza mayor efectuados sin autorización administrativa serán declarables judicialmente nulos con la consiguiente obligación empresarial de readmitir a los trabajadores despedidos.
Los trabajadores tendrán derecho a las mismas indemnizaciones que en el caso de los despidos colectivos, pudiendo la autoridad administrativa acordar que estas indemnizaciones sean abonadas por el Fondo de Garantía Salarial en todo o en parte.
En cuanto a la *valoración*, habrá que reconocer que la regulación del despido en nuestro ordenamiento es actualmente objeto de polémica tanto desde una perspectiva de política de Derecho como desde una perspectiva aplicativa. En todo caso, convendrá conjugar dos intereses contrapuestos: la protección del empleo de los trabajadores y las necesidades de ajuste empresarial de la plantilla.
Ciertamente, las reformas efectuadas en los últimos años han incidido sobre todo en una dirección: la reducción de los costes empresariales de los despidos injustificados (reducción de las indemnizaciones y supresión de los salarios de tramitación) y la flexibilización del despido por causas empresariales (definición cada vez más flexible de las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción y facilitación del procedimiento de los despidos por causas empresariales), entendiendo que las rigideces perjudican la creación de empleo y constituyen un incentivo para la huida de capitales y de las inversiones en una economía globalizada.

Existen, no obstante, una serie de cuestiones relativas a la aplicación de la actual normativa sobre despidos que convendría repensar. Entre otras:

– El establecimiento por los convenios colectivos, más adaptables que la ley a las necesidades del sector, empresa o puesto de trabajo, como ya sucede en algunos casos, que la embriaguez y la toxicomanía sean causa de suspensión y no de extinción contractual, estableciendo la obligación del trabajador de intentar una (o más veces) su rehabilitación, pudiendo ser despedido solamente en caso de fracaso.
– La corrección de la falta de precisión legal respecto de la carta de despido disciplinario, que ha dado lugar a una reiterada y contradictoria jurisprudencia.
– La conveniencia de que los salarios de tramitación se eliminen solamente en los casos de opción por la readmisión.
– La mejora de la redacción de la causa del despido objetivo por ineptitud del trabajador y de las medidas de adaptación de los trabajadores discapacitados.
– Una definición del absentismo más clara, pensando además en otras

medidas contra el absentismo más eficaces.

– La posibilidad de continuar la relación laboral con la recolocación del trabajador despedido en otros puestos vacantes de la empresa, en particular en las empresas de cierto tamaño, grupos o redes de empresas, realidad existente en otros países de nuestro entorno (por ejemplo, Alemania), focalizando la atención en la selección del trabajador despedido con criterios sociales (trabajadores más jóvenes, con menores cargas familiares, sin discapacidad, etc.).
– El debate sobre el sistema de capitalización de la indemnización por despido, partiendo del modelo austríaco, pero corregido y adaptado al mercado de trabajo español.
– La penalización de aquellas empresas que realicen despidos calificados judicialmente de improcedentes o extinciones por mutuo acuerdo, bonificando a las empresas que no realicen despidos improcedentes o extinciones por mutuo acuerdo.
– La adecuación legal del concepto de despido colectivo a la normativa comunitaria, obviando la inseguridad jurídica actual.
– La concreción legal de la obligación empresarial de entrega de documentación en los despidos colectivos (su alcance y el plazo de la entrega)
– La clarificación del ámbito de afectación de las causas en los despidos colectivos sobre los grupos empresariales.
– La posibilidad legal de establecimiento de medidas diferidas cuando se desprendan de la concurrencia de la causa y resulten razonables para la superación de la crisis.
– La modificación de las relaciones entre la impugnación colectiva y la impugnación individual del despido colectivo, excluyendo la posibilidad de esta última cuando la nulidad del despido colectivo sea firme, ya que en el proceso individual no podrían alterarse las consecuencias de tal decisión (readmisión y abono de salarios de tramitación).
– O la reforma del contenido de la demanda de impugnación colectiva para exigir que en la misma figuren las circunstancias necesarias para una eventual ejecución de la sentencia, como sucede con la ejecución de las sentencias de conflicto colectivo (art. 247 LJS).

BIBLIOGRAFÍA

Blasco Pellicer, A.: *Los expedientes de regulación de empleo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.
Goerlich Peset, J. M.ª: *La extinción del contrato de trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.
Sala Franco, T., coord.: *La extinción del contrato de trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

Tomás Sala Franco
Académico correspondiente de la
Real Academia de Ciencias Morales y Políticas
Catedrático Emérito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Valencia

VER TAMBIÉN: CONTRATO DE TRABAJO / CONVENIO COLECTIVO / DERECHOS SOCIALES / ESTADO SOCIAL / HUELGA / **PANDEMIA: PERSPECTIVA LABORAL** / SALARIO / SINDICATOS

DIÁLOGO DE TRIBUNALES

Entre las garantías jurídicas acabó consolidándose históricamente la exigencia de que los conflictos fueran sucesivamente resueltos en doble instancia. Mientras que la primera suele ser frecuentemente atendida por un juez unipersonal, en la segunda tiende a ser exigible una composición colegial. Tales garantías reflejan en ambos casos el dicho popular de que «cuatro ojos ven más que dos». De ahí que resulten problemáticas situaciones como las derivadas de la condición de aforados de determinados cargos públicos que pueden, en ocasiones, disponer de un único acceso a determinado tribunal colegiado.

En cualquier caso, estas plurales instancias se articulan jerárquicamente, lo que parece descartar toda dimensión dialógica. La instancia posterior tiene sin duda en cuenta lo actuado por la primera, incluso respetándolo en parte, pero obviamente no se considera plenamente vinculada a sus planteamientos. De ahí que, por ejemplo, en sede constitucional (STC 167/2002, de 18 de diciembre), se haya establecido una doctrina que evita que en la segunda instancia penal se prescinda en ciertos casos de la personación del absuelto en la primera, por claro riesgo de posible indefensión. Por lo demás, en lo que a los jueces se refiere, los de primera instancia aguardarán, con expectación más que con mera curiosidad, a que se haga público lo que resuelven sus mayores. Peculiar diálogo sin duda.

La arquitectura judicial se ha ido por lo demás complicando con la entrada en juego de ulteriores actores que desbordan los habituales linderos del Poder Judicial. Así ha ocurrido, en el caso español hace decenios, con la entrada en juego del Tribunal Constitucional, que no dejó de generar cierta perplejidad en jueces nada acostumbrados a que su tarea fuera revisada o incluso anulada por magistrados no integrados en el Poder Judicial. No faltaron quienes –considerándose sometidos solo «al imperio de la ley» (art. 117.1 CE)– malentendieron que lo de la Constitución no les afectaba.

Así ocurrió con la entonces existente Audiencia Territorial de Sevilla, que consideró privada de herencia a una hija extramatrimonial, porque –dijera lo que dijera el art. 14 CE– el Código Civil seguía diciendo lo que decía. La elocuente STC 80/1982, de 20 de diciembre –ponencia de Francisco Tomás y Valiente– dejó claro que tal fundamento se apoyaba en «criterios ya periclitados». En efecto, la Transición jurídica, más que *de la ley a la ley,* había tenido lugar *de las leyes a la Constitución*.

El asunto se complicaba cuando a quien controlaba el Constitucional era al Tribunal Supremo, con no menos afán de autocontención que el que empleaba con los Poderes Legislativo y Ejecutivo; Cortes y Gobierno en el texto constitucional. Pese a ello, un prestigioso jurista no dudó en afirmar que «en España Tribunal Supremo solo hay uno y no se llama así». Algunos magistrados de su Sala Primera no tuvieron a bien entenderlo y surgió el conflicto, con excesivos desahogos por ambas partes.

Una entrevista en un semanario de colorines, a una dama protagonista habitual en la prensa del corazón, se consideró en primera instancia vulneradora de su intimidad. El Tribunal Supremo estuvo

en ello de acuerdo, pero discrepó en el cálculo de la obligada indemnización. No tuvo en cuenta los beneficios obtenidos por dicha publicación, sino que comparó las alusiones a las verrugas de la dama con la indemnización a un trabajador que cae de un andamio. Las SSTC 15/2000, de 5 de mayo, 186/2001, de 17 de septiembre, y 77/2002, de 8 de abril, levantan acta del trabajoso diálogo.

Tras recurso de amparo, el Tribunal Constitucional estimó que tal indemnización era demasiado nimia para subsanar la vulneración de un derecho fundamental. Devolvió pues el asunto al Tribunal Supremo, para que suscribiera ese punto de vista, pero la acalorada Sala receptora fue casi unánime en mantener su postura. Tras nuevo recurso de amparo de la dama, el Constitucional optó –de modo excepcional– por imponer la indemnización fijada en primera instancia. Hablar de diálogo de tribunales suena en casos tales un tanto eufemístico. Afortunadamente, el rifirrafe sirvió de lección mutua y no se han registrado de nuevo tan poco ejemplares episodios.

La verdad es que, pese a la habitual autocontención del Constitucional, los ciudadanos –y los abogados prestos a su defensa– interpretan a su modo la alusión del art. 53.2 CE a la posibilidad de –al considerar vulnerado uno de sus derechos fundamentales– acceder a «un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional»; para ellos se trataría del bautizo de una nueva instancia. El éxito de los amparos –más de once mil algún año– puso en serio peligro su existencia e incluso la del atorado Tribunal. Una reforma legal de 2007 obliga a los recurrentes –y a sus asesores– a asumir la carga argumental de justificar la «especial trascendencia constitucional» de la vulneración. El amparo, ante considerado derecho subjetivo del ciudadano, parece convertido en un recurso en interés de Constitución con aires de *certioriari* norteamericano. Aun así, los amparos constitucionales siguen rondando los siete mil al año, sin pasar de cien los exitosos. El legislador, quizá para celebrar las ahora buenas migas entre los dialogantes tribunales, no dudó en patentar un recurso de «interés casacional» ante el Tribunal Supremo, mellizo del anterior.

No éramos ya pocos, pero un loable fervor europeo dio más emoción al problema. España firmó con algún retraso el Convenio de Roma del Consejo de Europa de 1950, que puso en marcha un Tribunal Europeo de Derechos Humanos con sede en Estrasburgo. Los ciudadanos de los cuarenta y seis Estados firmantes pueden ante él litigar contra sus gobiernos, si consideran vulnerados sus derechos. No es infrecuente que los vean reconocidos, aunque la ejecución de las sentencias depende en buena parte de los mecanismos procesales del Estado en cuestión. En realidad, la relación se establece más bien entre el Tribunal de Estrasburgo y el Gobierno correspondiente, sin mayores diálogos.

Lustros después del citado convenio, entra en liza la Carta Europea de Derechos Fundamentales, que –tras algunas vicisitudes– acabó incluida entre los Tratados de la Unión Europea, a la que –como es sabido– pertenecen un número de Estados inferior a los vinculados al citado Consejo. La interpretación de la Carta se convierte en buena medida en responsabilidad del Tribunal de Justicia de la Unión, con sede en Luxemburgo. Su interés por la primacía del Derecho europeo, respecto a los ordenamientos de los Estados miembros, no es precisamente dialogante. Según la norma europea los

tribunales ordinarios, incluida su última instancia, han de aplicar el Derecho europeo, diga lo que diga el ordenamiento patrio. En caso de duda han de plantear ante el Tribunal de Luxemburgo una cuestión prejudicial.

El Tribunal Constitucional español, como algunos otros celosamente defensores de la soberanía de su Estado, intentó evitar el poco disimulado afán expansivo del Tribunal de Luxemburgo, cuyo concepto de diálogo no admite frenos constitucionales. Se cuidó en consecuencia de no plantearle cuestiones prejudiciales, con el buen argumento de que no se consideraba tribunal de última instancia. Tan prudente actitud se rompió con ocasión del conocido como *caso Melloni*; un ciudadano italiano que había sido condenado *in absentia* por un tribunal de su país. España venía exigiendo, para conceder la extradición en tales casos, que Italia se comprometiera a repetir el juicio con presencia del procesado. La Carta Europea se consideraba a sí misma como protectora de un mínimo de protección compatible con posibles incrementos nacionales.

El Tribunal de Luxemburgo (STJUE 399/2011, de 26 de febrero) blandió, en términos nada dialogantes, la primacía del Derecho europeo para rechazar el exceso protector de la ciudadanía consolidado por el Constitucional español. Este, por el momento, no se ha animado a plantear otra cuestión prejudicial. La lectura de la STC 26/2014, de 13 de febrero, con variados votos particulares, resulta ilustrativa al respecto. Es más, en su STC 37/2019, de 26 de marzo, se erigió –con un solo voto discordante– en última instancia procesal, al retrotraer un caso al Tribunal Supremo, invitándole a presentar la cuestión prejudicial sugerida por el recurrente.

No deja de resultar significativo que, a pesar de plantearse en el Tratado de Lisboa la conveniencia de que la Unión Europea suscribiera el Convenio de Roma y habiendo considerado la Comisión Europea oportuna su puesta en práctica, el Tribunal de Luxemburgo –al que solicitó dictamen-descartó todo diálogo sobre dicha posibilidad. No parece en realidad suficientemente ilusionado ante la sugerencia de que un Tribunal como el de Estrasburgo –con jueces de procedencia rusa, turca y de un notable etcétera– contribuya a delimitar el alcance de los derechos fundamentales de los ciudadanos de la Unión.

* * *

La insólita pandemia que, desde el primer trimestre del 2020, monopolizó la actualidad condicionando la vida de todos los ciudadanos a escala global, ha encrespado –entre otras tristes consecuencias– el tono del presunto diálogo jurídico en el ámbito europeo. El alemán Tribunal Constitucional Federal de Karlsruhe asumió el protagonismo. Ya se había pronunciado con anterioridad sobre la problemática constitucionalidad de las iniciativas de Banco Central Europeo, no casualmente domiciliado en Frankfurt am Main. La huracanada pandemia asolaba las economías de los Estados de la Unión, con particular incidencia en los meridionales.

No faltaron quienes presentaran recursos que despertaran al Tribunal de Karlsruhe de cualquier ocasional somnolencia. El Tribunal ya había sentado doctrina sobre los inevitables límites a la soberanía y en qué medida cabría entenderlos compatibles con la Grundgesetz. El propio Tribunal Constitucional español, muy sensible al ejemplo germano, pronunció una solemne Declaración (la 1/2004, de 13 de diciembre), con motivo de la constitucionalidad de la posible aceptación del tratado sobre

la non nata *Constitución para Europa. Su lectura puede hoy mostrarla notablemente ajada tras la peripecia Melloni.*

El trueno de Karlsruhe de 5 de mayo de 2020 se entendió como un desafiante aviso al Banco Central, ante el temor de que su incidencia sobre la política económica de los Estados miembros de la UE incluidos en la zona euro pudiera –con ocasión de la compra de bonos– derivar hacia consecuencias financieras o fiscales, que –a su juicio– vulnerarían la soberanía de la República Federal de Alemania. Por un día, el silencio llegó a cortarse en el ámbito europeo, obligando a la presidenta del Banco a hacer pública una declaración no menos firme, asumiendo el reto. Por su parte, el presidente del Bundestag no se quedaba atrás y alarmado consideraba cuestionada la existencia misma del euro. Por si fuera poco, el propia Tribunal de Justicia de la Unión con su autoatribuida áurea de depositario exclusivo del control del Derecho europeo, había bendecido en su día, desde Luxemburgo, la viabilidad de las iniciativas del banco. Con tan peculiar amable diálogo, las espadas han quedado en alto…

BIBLIOGRAFÍA

Véanse las sentencias citadas en el texto.

Andrés Ollero Tassara
Académico de Número de la Real Academia de
Catedrático de Filosofía del Derecho
Magistrado del Tribunal Constitucional
Ciencias Morales y Políticas
Universidad Rey Juan Carlos

VER TAMBIÉN: DERECHO PROCESAL / DERECHOS FUNDAMENTALES / DERECHOS HUMANOS / JUECES Y MAGISTRADOS / JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL / TRIBUNAL CONSTITUCIONAL / TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA / TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS / TRIBUNAL SUPREMO / UNIÓN EUROPEA

DISCAPACIDAD

El concepto tradicional de *incapacidad* ha sido sustituido recientemente por el de *discapacidad*. No se trata de un mero cambio terminológico, sino de una auténtica rectificación de la perspectiva tradicional. A una persona que tiene alguna limitación física, psíquica o sensorial no hay que incapacitarla, como se venía haciendo a lo largo de muchos siglos –desde el Derecho romano–, porque incapacitarla suponía marginarla de la sociedad y nombrar a una persona –un tutor– que la representara.

De lo que se trata es de todo lo contrario. No hay persona con discapacidad que carezca de alguna aptitud. Y es esa aptitud lo que hay que potenciar, prestándole la ayuda o el apoyo que le permita el ejercicio de sus derechos y de sus deberes. *En lugar de marginar hay que integrar*.

Este cambio de perspectiva se ha consagrado normativamente en la Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006, ratificada por España y publicada en el BOE, publicación que determinó la integración de ese texto internacional en el ordenamiento español, conforme al art. 96 CE.: «Las personas con discapacidad siguen encontrando barreras para participar en igualdad de condiciones con las demás en la vida social y se siguen vulnerando sus derechos humanos en todas las partes del mundo», dice el preámbulo de la citada Convención. Esa es pues la tarea que el legislador, las autoridades públicas, los aplicadores del Derecho y los ciudadanos en general tienen por delante: eliminar todas las barreras que dificultan el pleno desarrollo de su personalidad a las personas con discapacidad. En unos casos se trata de barreras jurídicas, y en otros casos de barreras físicas. En unos casos se trata de escaleras sin rampa y en otros de prohibiciones legales. Hay que poner rampas y hay que eliminar prohibiciones.

En otras palabras: no hay que recluir a las personas con discapacidad porque existan barreras que ellas, por sí mismas, no pueden superar, sino que hay que darles el apoyo necesario para que ellas mismas, con ese apoyo necesario, puedan superar esas barreras.

Del preámbulo y del articulado de la Convención de 2006 se deducen diversos principios que deben presidir la regulación de la discapacidad, principios a los que se podría dar la siguiente denominación:

1. Principio de supremacía del interés de la persona con discapacidad. De «interés superior» de la persona con discapacidad se habla en los arts. 7 y 23 de la Convención, al referirse a los niños con discapacidad, pero es un principio que indudablemente debe generalizarse a todas las personas con discapacidad.
2. Principio de no discriminación por razón de discapacidad. Según el preámbulo de la Convención, «la discriminación contra cualquier persona por razón de su discapacidad constituye una vulneración de la dignidad y el valor inherentes del ser humano».
3. Principio de respeto a las decisiones personales. Es necesario que en todo caso se «respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona».
4. Principio de proporcionalidad. Las medidas legales o judiciales que se adopten han de ser «proporcionales y

adaptadas a las circunstancias de la persona».
5. Principio de temporalidad. Es necesario que esas medidas «se apliquen en el plazo más corto posible».
6. Principio de revisión necesaria. Es necesario que las medidas «estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial».
7. Principio de apoyo desinteresado y leal. Las personas que por ley o por decisión judicial presten apoyo a las personas con discapacidad deben actuar de modo «que no haya conflicto de intereses ni ejerzan una influencia indebida».

El legislador español ha ido modificando su ordenamiento interno para adaptarlo a estos nuevos principios. Esta adaptación ha exigido la reforma de numerosas normas, y esa reforma que se ha llevado a cabo, entre las leyes más relevantes, por la Ley 26/2011, de 1 de agosto, que se llamó precisamente de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y que modificó diecinueve leyes de nuestro Derecho interno, desde la Ley General de Sanidad a la Ley de la Carrera Militar y la Ley de Contratos del Sector Público; el Real Decreto Legislativo 1/2013, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social; la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal; la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria; y la Ley Orgánica 1/2017, sobre el Tribunal del Jurado, que garantiza la participación en él de las personas con discapacidad.

Quedaba por modificar el Código Civil, todavía anclado en la vieja incapacitación. La reforma del Código contempla especialmente la discapacidad intelectual, que impide, en mayor o menor grado, la formación de una voluntad enteramente consciente y libre, pero también contempla la discapacidad sensorial, que puede dificultar la celebración de determinados actos jurídicos.

Los criterios sobre los que debe asentarse la regulación de la discapacidad en el Código Civil son los siguientes:

1. Reconocimiento de un ámbito, lo más amplio posible, a la autorregulación de la discapacidad; es decir, a las disposiciones que pueda adoptar una persona respecto de su propia –y eventual– discapacidad futura.
2. Preferencia de la autorregulación sobre la heterorregulación, es decir, de la regulación propia o privada sobre la regulación legal o judicial.
3. Posibilidad de coexistencia de medidas de autorregulación con medidas de heterorregulación, cuando aquellas sean insuficientes.
4. No sometimiento de la autorregulación a control judicial previo, sino solo a la posibilidad de control judicial posterior.
5. Previsión de que el guardador de hecho sea una figura de apoyo estable, y que pueda realizar actos representativos concretos a través de autorizaciones judiciales también concretas, sin necesidad de que en todo caso se sustancie un previo procedimiento general de prestación de apoyos.
6. Prestación de las medidas de apoyo establecidas judicialmente a través una sola institución jurídica, la curatela, que por su propia naturaleza es graduable, flexible y adaptable a cada caso concreto.
7. Actuación del curador conforme al principio fundamental de respeto a la voluntad de la persona con discapacidad.

8. Sujeción de las medidas judiciales de apoyo a revisión periódica, con vistas a su posible modificación o supresión.
9. Eliminación, en el ámbito de la discapacidad, de las figuras de la patria potestad prorrogada, la patria potestad rehabilitada y la tutela, por la rigidez en cuanto a su ámbito y en cuanto su duración, y su consiguiente inadecuación a las circunstancias concretas de cada persona.
10. El procedimiento judicial de prestación de apoyos solo puede conducir a una resolución judicial que determine los actos para los que la persona con discapacidad requiera asistencia o, de modo excepcional, representación, pero no la privación de derechos, sean estos personales, patrimoniales o políticos.
11. El procedimiento judicial de prestación de apoyos debe alejarse del esquema procesal tradicional, y debe orientarse a un sistema de colaboración interprofesional o «de mesa redonda», con profesionales especializados de los ámbitos asistencial y sanitario, que asesoren sobre las medidas de apoyo idóneas en cada caso.

Es necesario sustituir el esquema tradicional de «banquillo», en que la persona con discapacidad se sienta frente al juez como un acusado o un demandado, por un sistema de «mesa redonda», con un trato más personal y humano, dirigido hacia alguien a quien se trata de ayudar.

BIBLIOGRAFÍA

De Amunátegui Rodríguez, C.: *Apoyo a los mayores en el ejercicio de su capacidad: Reflexiones a la vista del Anteproyecto de reforma de la legislación civil en materia de discapacidad*. Madrid: Reus, 2019.

García Rubio, M.ª P.: «La esperada nueva regulación de la capacidad jurídica en el Código Civil español a la luz del art. 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006», en *Propostas de Modernización do Dereito*, M. García Goldar; J. Ammenman (dirs.). Santiago de Compostela: Xunta de Galicia, 2017.

— «La necesaria y urgente adaptación del Código Civil español al art. 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 58 (2018).

— «Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio», en *Revista de Derecho Civil*, vol. V, 3 (2018).

— «Algunas propuestas de reforma del Código Civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil», en *Revista de Derecho Civil*, vol. V, 3 (2018).

Pau, A.: «De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen jurídico de la discapacidad», en *Revista de Derecho Civil*, vol. V n.º 3 (2018).

— «El principio de igualdad y el principio de cuidado, con especial atención a la discapacidad», en *Revista de Derecho Civil*, vol. VI, 1 (2020).

De Salas Murillo, S.; Mayor del Hoyo, M.ª V., dirs.: *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

Sánchez Gargallo, I.; Alía Robles, A.: «Guía para la exploración judicial de una persona con discapacidad», en *Actualidad Civil*, 2 (2019).

Torres Costas, M.ª E.: *La capacidad de obrar a la luz del art. 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos de las Personas con Discapacidad*. Tesis doctoral, Universidad de Santiago de Compostela, 2019.

Antonio Pau
Académico de Número de la
Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España
Presidente de la Sección Primera de la Comisión General de Codificación

VER TAMBIÉN: CÓDIGO CIVIL / DERECHO CIVIL / DERECHOS FUNDAMENTALES / IGUALDAD ANTE LA LEY

DIVISIÓN DE PODERES

La división de poderes es un postulado del Estado constitucional; en apariencia, tiene pocos enemigos declarados, pero cada época ha generado amenazas y desafíos. Es un principio inmanente a la cultura del constitucionalismo que define el concepto material de Constitución. Entraña una perspectiva que debe acoger el intérprete para comprender la regulación constitucionalmente adecuada de los órganos constitucionales y auxiliares y su actividad. «Toda sociedad donde la garantía de los derechos no se encuentra asegurada ni la división de poderes determinada, no tiene Constitución», rezaba el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. La afirmación sigue siendo válida. Los orígenes del principio arrancan del liberalismo donde fue configurado bajo la influencia de Hume, Locke y Montesquieu en Europa y de Madison en América. Esta cultura política no ha muerto en su filosofía, dividir el poder para preservar la libertad, aunque deba actualizarse, pues la moderna organización constitucional se ha transformado profundamente respecto de aquel ingenuo diseño inicial. La extensión del sufragio universal y el principio democrático y el tremendo crecimiento del Estado social contribuyeron a cambiar las cosas.

Controlar al poder, limitar al Príncipe, es una finalidad política que se ha mantenido en el constitucionalismo democrático, aunque el nuevo Príncipe sin cetro no sea hoy el Rey sino el sistema de partidos y la mayoría. No hay más Constitución que la Constitución democrática y la democracia constitucional reclama controlar al poder mediante un sistema de frenos y contrapesos, para evitar que se haga absoluto y no venga sometido a leyes. Sigue siendo necesario erigir un gobierno moderado –limitado– y representativo, fundado en la confianza de los gobernados. El principio de la mayoría se ve limitado en el Estado constitucional por diversas reglas de división del poder. Aunque controlar el poder sea un objetivo en sí mismo prácticamente imposible. Pero limitarse a recordar esta dificultad evidente no hace sino acrecentar los problemas: donde no existen frenos constitucionales, el gobierno deviene tiranía.

Algunas ideologías como las del extinto constitucionalismo soviético, fundado en el llamado «centralismo democrático», o las Leyes Fundamentales de la dictadura franquista, que hablaban de unidad de poder y coordinación de funciones, rechazaron este principio. Otro tanto hacen algunas manifestaciones en Iberoamérica del llamado «nuevo constitucionalismo transformador», pretendiendo que la división de poderes sea un principio obsoleto y antidemocrático al detener el gobierno de la mayoría. Pero, sin límites al poder de la mayoría, la democracia representativa no puede existir, tampoco el respeto al estatuto de las minorías y a la oposición, ni el federalismo o las autonomías territoriales, ni los derechos fundamentales de individuos o grupos, ni la independencia judicial y el control de constitucionalidad de las leyes. No hay alternativa a la división de poderes en el constitucionalismo, porque es su forma de organización del Estado. La acción de gobierno no puede consistir en navegar como un barco con vela a todo trapo y sin ancla.

La primera elaboración de la división de poderes fue tripartita. Se diferenciaban

tres poderes diversos que realizaban tres funciones distintas: Ejecutivo, Legislativo y Judicial. Este enfoque se vio superado en la evolución del constitucionalismo democrático por diversas razones. Primero, porque no puede ser una «separación» de poderes absoluta, desprovista de mecanismos de relación y coordinación, ya que esta perspectiva rígida en exceso impediría la gobernación; así, un sistema parlamentario como el de la Constitución de Cádiz de 1812 no habría podido funcionar. Tampoco existe tal cosa en el presidencialismo estadounidense como modelo alternativo al parlamentarismo fundado en una división de poderes más rígida. Pronto se desechó este entendimiento absoluto de la separación tras las primeras Constituciones liberales europeas, afrontando una colaboración y solidaridad entre poderes. Se trata de impedir o frenar el exceso, no de separar mecánicamente los poderes. Solo respecto del Poder Judicial y para garantizar su independencia y monopolio de jurisdicción existe una separación más intensa del circuito representativo.

Segundo, existen otras funciones distintas y no menos relevantes como ocurre con el poder constituyente, o la dirección política, o las funciones presupuestaria y de control parlamentario, o la revisión de la constitucionalidad de las leyes, o el gobierno de los jueces, o la potestad normativa del gobierno con rango de ley. Además, no menos intensamente se han transformado las funciones clásicas como la legislativa, descompuesta en un haz de tipos de leyes, o la judicial, cada vez más próxima a la creación del Derecho incluso en los sistemas legistas.

Tercero, fueron apareciendo poderes distintos a la triada clásica: la Corona o la Presidencia de la República como Jefatura del Estado, los tribunales constitucionales, o los consejos generales del poder judicial. También una larga pléyade de órganos auxiliares que crecen de tiempo en tiempo, y están dotados de autonomía organizativa e independencia funcional, aunque sus labores se reconduzcan a los órganos constitucionales supremos: los tribunales de cuentas o contralores, los defensores del pueblo, los consejos económicos y sociales, los bancos centrales, diversas comisiones sobre telecomunicaciones u ordenación del mercado de valores u otros ámbitos, etc. Su regulación y ubicación suscita diversos problemas contemporáneos y no han estado exentos de conflictos, pero entrañan también una forma de limitación del poder.

Cuarto, la organización de los poderes clásicos se ha transformado profundamente hasta resultar irreconocible a los ojos del primer liberalismo que se proyectaba sobre una *stateless society.* Hoy el Parlamento es un órgano complejo u órgano de órganos, sometido a un reglamento parlamentario que alberga una compleja división de poderes interna –varios órganos de dirección y de deliberación– y no es una mera asamblea. El Poder Judicial es un poder muy difuso con una acusada independencia interna y viene gobernado en muchos países europeos e iberoamericanos por consejos de la magistratura. El Gobierno es una maquinaria poderosa de decisión, liderado férreamente por un presidente e integrado por un conjunto de órganos personales o colegiados, coordinados y sometidos a un programa, y no un pequeño gabinete de ministros o secretarios de despacho representados por un *primus inter pares*.

Por otra parte, los dualismos orgánicos –Gobierno, Parlamento…– se ven habitualmente dirigidos e incluso desplazados por la presencia de una mayoría parlamentaria en ambas sedes desde uno o varios partidos políticos coaligados y la

lógica de un circuito representativo que arranca del electorado. La relación entre mayoría y minorías políticas es esencial e incide profundamente en la forma de gobierno y el parlamentarismo por encima de los momentos orgánicos.

Finalmente, pero no en importancia, no existe hoy una única regla de división de poderes. La salvaguardia de la libertad política y el control del poder se ha visto satisfecha por un conjunto de reglas y principios de difícil sistematización, además de la tradicional división horizontal de poderes. Hay una división esencial entre poder constituyente y poderes constituidos y ninguno de ellos debe actuar en lugar del otro. El federalismo y los cuasi-federalismos constituyen una división vertical o territorial de poderes y los entes territoriales se contrapesan en el ejercicio de sus diversas competencias y direcciones políticas conforme a un principio de subsidiariedad en la exégesis de sus recíprocos intereses. Hay una división de poderes en el tiempo basada en la alternancia de los gobiernos y la renovación de las elites, impidiendo reelecciones ilimitadas. Los derechos fundamentales acantonan una esfera de autonomía de los individuos y la sociedad civil frente al Estado. Sobre todo, el proceso binario de integración europea a través de la unión monetaria, presupuestaria y económica y la protección colectiva de los derechos fundamentales, tanto en la Unión como en el Consejo de Europa, ha creado unos Estados constitucionales limitados por las normas y decisiones europeas. Ningún Estado europeo es ya plenamente soberano si está sometido a la primacía del Derecho de la Unión y vinculado por las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Otra nueva tentativa de limitar el poder que se ha revelado eficaz.

* * *

El coronavirus ha producido decenas de miles de muertes. La emergencia sanitaria ha llevado a la declaración del estado de alarma y al confinamiento o reclusión de millones de personas, limitando su libertad de circulación, la libertad de empresa y la propiedad privada. Con la declaración, surge un «Derecho excepcional», distinto al régimen normal, pero con un alcance provisional. También emerge un «Estado excepcional» que igualmente no está exento de límites. La situación es distinta a una «dictadura comisoria» o a un «estado de necesidad» desprovisto de controles (Pedro Cruz Villalón). Se produce ciertamente una concentración de poderes en el Gobierno y esta es su razón de ser. Pero la organización constitucional no se suspende ni se desplaza o modula más que en la medida estrictamente necesaria para subvenir la emergencia. Hay contrapesos. La declaración gubernamental y los decretos que se dicten deben comunicarse inmediatamente al Congreso, quien puede recabar información. Se concede por un breve tiempo, quince días, y su prórroga permite a la Cámara la fiscalización del Gobierno. No desaparece la función parlamentaria de control. La pandemia dilató la respuesta del Congreso, ya que hubo que celebrar sesiones parlamentarias no presenciales y extender el voto telemático, sin modificar el Reglamento, mediante un acuerdo de la Mesa. Pero se han presentado numerosas iniciativas de control. Tampoco desaparece el Estado autonómico ni se suspenden las competencias autonómicas. El Gobierno refuerza sus facultades de coordinación en una acción conjunta, pero debe colaborar con las Comunidades Autónomas y hallar fórmulas de respeto a la subsidiariedad. Se ha hablado de una «federalización del estado de alarma» al organizar la desescalada en el confinamiento, aprovechando la proximidad de las Administraciones au-

tonómicas a la diversidad de situaciones sanitarias en cada territorio. Sobre todo, las medidas que restrinjan derechos fundamentales deben respetar el principio de proporcionalidad y sobrepasar un juicio de necesidad. Cabe asimismo un control de constitucionalidad de la declaración y un control judicial de sus aplicaciones para garantizar el principio de responsabilidad. Por último, el patriotismo constitucional reclama la unidad de la nación, como comunidad política, y el compromiso de todos los poderes y ciudadanos en la acción del Estado ante la emergencia: también a la oposición.

BIBLIOGRAFÍA

Ackerman, B.: «The new separations of powers», en *Harvard Law Review*, vol. 113:2 (2000)

Bognetti, G.: *La divisione dei poteri (saggio di Diritto Comparato*). Milán, Giuffrè, 1994.

Duguit, L.: *La separación de poderes y la Asamblea nacional de 1789*. Madrid: CEPC, 1996,

Fundamentos. Cuadernos de Teoría del Estado, Derecho público e Historia constitucional, 5/2009, monográfico sobre *división de poderes.*

García Roca, J.: «Del principio de la división de poderes», en *Revista de Estudios Políticos*, 198 (2000).

Vile, M. J. C.: *Constitutionalism and the separation of powers*. Oxford: Clarendon Press, 1967 (trad. española, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007).

Javier García Roca
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad Complutense

VER TAMBIÉN: CALIDAD DEMOCRÁTICA / CONSTITUCIÓN / DEMOCRACIA / DERECHO CONSTITUCIONAL / ESTADO CONSTITUCIONAL / ESTADO DEMOCRÁTICO / ESTADO FEDERAL / FORMAS DE GOBIERNO / JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL / **PANDEMIA: PERSPECTIVA JURÍDICA** / **PANDEMIA: PERSPECTIVA POLÍTICA** / PARLAMENTARISMO

DOMICILIO

Define el Diccionario del Español Jurídico de la RAE el domicilio como el «lugar de residencia habitual de las personas», una definición tan precisa como sencilla y que, sin embargo, encierra un concepto de gran trascendencia en el Derecho. En efecto, podemos hablar de domicilio en el ámbito del Derecho de la persona como una de las circunstancias modificativas de la capacidad de obrar. En este sentido se pronuncian los arts. 40 y 41 del Código Civil, que lo regulan «para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones civiles» y lo sitúan en ese lugar de residencia habitual, ya comentado, para las personas naturales. En esta línea, los cónyuges han de fijarlo de común acuerdo, según el art. 70, que prevé, en caso de discrepancia, la resolución del juez atendiendo al interés de la familia. En el caso de las personas jurídicas, a falta de previsión en la ley que las haya creado o reconocido o en sus estatutos o reglas de fundación, se sitúa en el lugar en que se halle establecida su representación legal, o donde ejerzan las principales funciones de su instituto. En un sentido similar, aunque con las especialidades lógicas derivadas de las características del Derecho Tributario, el domicilio fiscal es el lugar de localización del obligado tributario en sus relaciones con la Administración correspondiente (art. 48 de la Ley General Tributaria) y determina la aplicabilidad o no de la legislación española.

Pero, obviamente, el domicilio es también, y especialmente, un ámbito físico, y uno especialmente cualificado, pues es el que permite el desarrollo de la intimidad personal y familiar. Se trata de la sede de la vida privada, que, aunque bien conocida y respetada en el Derecho romano, se extiende como una de las reclamaciones más típicas de la sociedad burguesa. Si los actos más personales han de desarrollarse en la intimidad, la protección del espacio que la asegure se vuelve esencial. Por esta razón desde los primeros textos constitucionales, como la IV enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, o el art. 126 del Estatuto de Bayona de 1808 y el 306 de la Constitución de 1812, en España, se ha venido garantizando su inviolabilidad, hoy consagrada en el art. 18.2 de la Constitución de 1978. Este dispone que «El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito».

Las entradas, tanto de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, como de los agentes de la Administración (en este caso con el fin de llevar a cabo actuaciones de inspección o para asegurar la ejecución de un acto administrativo), serán, pues, legítimas, solo en tres supuestos: a) en caso de resolución judicial motivada, con los requisitos establecidos por la jurisprudencia constitucional, que exigen a grandes rasgos que se acote el período temporal, los motivos que la justifican y el domicilio afectado; b) en caso de flagrante delito, entendido este, como con acierto ha establecido la STC 341/1993, como comisión de una acción tipificada como tal de la cual la fuerza pública obtenga conocimiento actual mediante percepción sensorial. Se resolvió así el recurso contra la polémica Ley 1/1992, de Protección de la Seguridad Ciudadana, que admitía la entrada policial en el domicilio en caso de «conocimiento fundado» que lleve a la constancia «de la eventual comisión de un delito»; c) Finalmente,

cabe también el consentimiento del titular, incluido el consentimiento tácito, es decir, derivado de actos concluyentes de tolerancia de la entrada sin invocar la tutela constitucional.

Es, asimismo, prolija la jurisprudencia tendente a delimitar los espacios susceptibles de ser utilizados como domicilio. A título meramente ejemplificativo podemos mencionar las habitaciones de hotel (STC 10/2002) o de una residencia militar (STC 189/2004), las autocaravanas, o los jardines de una vivienda. No tienen, en cambio, virtualidad para desempeñar esta función las taquillas de los trabajadores, los automóviles o los garajes, aunque estos últimos pueden recibir cierta protección equivalente, por ejemplo, frente a la comisión de delitos, si están cerrados y son contiguos a la vivienda.

Aun cuando muchos de los problemas jurídicos del domicilio están suficientemente resueltos, este no es inmune a nuevos desarrollos jurídicos. Entre ellos destacan su tutela frente a inmisiones indebidas y con relación a las nuevas tecnologías, en este caso frente a formas más sofisticadas de criminalidad.

Por lo que se refiere a las inmisiones frente a las que se tutela, en los últimos tiempos destaca la jurisprudencia protectora frente al ruido. Se trata de una construcción proveniente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de especial incidencia en España, y que se ha plasmado en resoluciones como la STEDH de 16 de noviembre de 2004, asunto *Moreno Gómez c. España,* o la más reciente STEDH de 16 de enero de 2018, asunto *Cuenca Zarzoso c. España*. En ambos casos el Tribunal de Estrasburgo señala que la inviolabilidad del domicilio no solo protege el espacio físico, sino su disfrute pacífico *(quiet enjoyment),* lo que implica que pueden vulnerar este derecho no solo las entradas físicas, sino también el ruido, los malos olores u otros tipos de inmisiones.

En otras ocasiones, tales inmisiones son invasiones directas, pero a distancia, de la intimidad domiciliaria, como sucede con la vigilancia del interior de la vivienda por medio de prismáticos. El Tribunal Supremo ha considerado, a estos efectos, que la presencia de persianas levantadas no es un signo suficiente de consentimiento (sentencia 329/2016).

Por último, las nuevas tecnologías requieren también instrumentos para garantizar la inviolabilidad del domicilio a la vez que se otorgan al Estado instrumentos de protección frente a actividades delictivas. En el caso de España, merece mención la Ley Orgánica 13/2015, que regula la autorización judicial para la entrada domiciliaria con el fin de instalar instrumentos de grabación de imágenes o conversaciones de su titular, así como la de acceso a ordenadores, dispositivos móviles o de almacenamiento masivo que se hayan incautado en un registro domiciliario. La Fiscalía General del Estado, mediante su circular 5/2019, ha entendido extensible dicha autorización de entrada para instalar en un ordenador el software que permita su registro remoto sin conocimiento de su titular, actividad también permitida por la Ley Orgánica 13/2015 como instrumento de persecución de las formas más graves y sofisticadas de criminalidad. En todos estos casos, la autorización habrá de motivarse y delimitarse cuidadosamente de manera que se impida una actuación arbitraria por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, siguiendo una doctrina fijada, entre otras, por la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Iliya Stefanov contra Bulgaria,* de 22 de mayo de 2008, en el que declara la vulneración de la inviolabilidad domiciliaria por un acceso al despacho profesional de un

abogado para incautarse de su ordenador, periféricos y disquetes, precisamente por la vaguedad de la orden judicial.

* * *

Por último, recientemente, se ha producido una suerte de limitación en sentido inverso de la inviolabilidad del domicilio, como es la suspensión de la libertad ambulatoria y de circulación como consecuencia del coronavirus COVID-19, a través del estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020. Más allá de debates acerca de las dudas que genera la elección del estado de alarma frente al de excepción para lo que –a pesar de que el propio Real Decreto lo niegue sin mayor fundamentación– es una auténtica suspensión de derechos que han de ser resueltas, en su caso, por el Tribunal Constitucional, este período de excepcionalidad ha conllevado algunas dudas de interés. Piénsese, por ejemplo, en el desarrollo en un domicilio de actividades comerciales o laborales, como puede ser el caso de prestación de servicio de peluquería a domicilio, autorizado por el artículo 10 del Real Decreto mencionado, o la relación laboral de empleados de hogar, supuestos ambos en los que un eventual control del cumplimiento de las medidas higiénico-sanitarias legalmente establecidas chocaría con la necesidad de autorización judicial.

Más dudas aún han generado algunas iniciativas, luego no confirmadas, como el confinamiento –que en algún momento se pensó obligatorio– de personas contagiadas en centros públicos fuera de su domicilio, medida que es posible de aplicar incluso fuera del estado de alarma recurriendo a la L.O. 3/1986, pero siempre previa autorización del juez de lo contencioso-administrativo (artículo 8.6 LJCA). Algo más cuidadosa ha sido la regulación de la suspensión de actividades de alojamientos turísticos, prevista en la Orden SND/257/2020, que excluye de esta medida las estancias de larga duración y de temporada ya iniciadas, en las que la condición de domicilio de la habitación de hotel para el usuario hubiera generado importantes problemas para su ejecución, más si cabe dadas las limitaciones a los viajes internacionales que han estado vigentes. En fin, también la intervención, regulada por las Órdenes SND/265/2020 y SND/275/2020, en residencias de mayores, singularmente afectadas por la pandemia, tanto a efectos de inspección como de desinfección y de clasificación y separación de residentes en función de su contagio o no, ha debido tener en cuenta la condición de domicilio para quienes moran en ellas. De esta manera, al no estar suspendida la inviolabilidad del domicilio, dado que el estado de alarma no lo permite, se ha hecho precisa, en caso de oposición, la intervención del juez de lo contencioso. A este respecto, ha de destacarse que, como con buen criterio ha acordado la Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJ de Castilla y León en sentencia de 27 de marzo de 2020, dicha intervención siempre ha de producirse ante un acuerdo firme de la Administración, sin que quepa convertir a la jurisdicción en una suerte de órgano consultivo al servicio del Poder Ejecutivo.

BIBLIOGRAFÍA

González Trevijano, P. J.: *La inviolabilidad del domicilio*. Madrid: Tecnos, 1992.
Martín-Retortillo, L.: «El ruido: reciente respuesta legal y jurisprudencial», en *Foro* (Nueva época), 1 (2005).

Matía Portilla, F. J.: *El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio*. Madrid: McGraw-Hill, 1997.

Pascua Mateo, F.: «Entre los derechos a la inviolabilidad del domicilio y propiedad: la protección de los inmuebles privados frente a las visitas de la Administración», en *Asamblea. Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 20 (2009).

Salamero Teixidó, L.: *La autorización judicial de entrada en el marco de la actividad administrativa*. Madrid: Marcial Pons, 2014.

Fabio Pascua Mateo
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad Complutense
Letrado de las Cortes Generales
Secretario General del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid

VER TAMBIÉN: DERECHOS FUNDAMENTALES / DERECHOS HUMANOS / PROTECCIÓN DE DATOS / SEGURIDAD JURÍDICA / TRIBUNAL CONSTITUCIONAL / TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

EFICACIA JURÍDICA

El término «eficacia» se usa al menos con dos significados en el ámbito del Derecho. Por una parte, hace referencia a ciertas condiciones de la aplicación de las normas, o a su alcance, y corresponde a lo que en ocasiones se denomina «vigencia»; es el uso que cabe encontrar en el título preliminar del Código Civil español o el que está presente en la distinción entre la eficacia *erga omnes* y la eficacia *inter partes* de una sentencia o un contrato. En este primer sentido, no parece que la eficacia designe nada distinto de otros elementos que constituyen el supuesto de hecho de las normas, esto es, no parece que la eficacia posea singularidad conceptual.

Por otra parte, el término se emplea para identificar una familia de significados, todos ellos relacionados con lo que cabe llamar la «realización» o «puesta en práctica» de la norma. Así, cabe hablar de la eficacia como cumplimiento, como aplicación, como éxito o como eficiencia (Hierro). En cualquiera de estos casos, la eficacia es uno de los predicados típicos que cabe atribuir a cualquier norma jurídica, junto con el de «validez» y el de «justicia», aunque resulta menos unívoco que estos. En efecto, una norma puede ser eficaz porque sus destinatarios la cumplen, o bien porque, no siendo cumplida por los ciudadanos, es aplicada por los jueces y demás representantes de la autoridad pública (si bien esta aplicación puede ser concebida también como un cumplimiento); que una norma sea eficaz también puede querer decir que el propósito de la norma se ha conseguido (éxito) o que se ha conseguido de la manera más adecuada o menos costosa (eficiencia).

La eficacia como predicado posible de cualquier norma jurídica deriva de su doble carácter prescriptivo e instrumental. Porque las normas prescriben conductas, podemos examinar la correspondencia entre lo que prescriben y lo que sucede en la realidad. Porque las normas son instrumentos que pretenden la consecución de fines, podemos examinar su capacidad para alcanzar tales fines y para hacerlo de mejor o peor manera.

Si abstraemos el contenido específico de las normas concretas, podemos afirmar que una norma cualquiera, o el entero sistema jurídico, es eficaz cuando genera seguridad jurídica, esto es, cuando la norma se revela capaz de generar predicciones sobre hechos o actos futuros y de este modo permite orientar nuestra conducta al tornar predecible la conducta de los demás, en particular de los órganos jurisdiccionales y administrativos encargados de la aplicación del Derecho. La seguridad es el valor instrumental inmanente o inherente al Derecho (González Vicén, Raz). Por eso, el Derecho es técnicamente eficaz cuando genera seguridad.

Eficacia y validez son en principio predicados independientes. Cabe la norma válida e ineficaz, una discrepancia que deriva inevitablemente de la naturaleza de lo prescriptivo, y cabe también la norma inválida, pero eficaz (la que Ferrajoli denomina como «meramente vigente», y que supone una ruptura de los principios de jerarquía y no contradicción, igualmente ineliminable por completo). Aun así, cualquier concepción del Derecho (desde luego, la realista, pero también las demás) atribuye alguna relevancia a la eficacia en la descripción de las condiciones de la validez. Para el realismo jurídico, la existencia de una norma

jurídica equivale a su eficacia, reduciéndose de este modo la validez a la eficacia, que devienen indistinguibles (Ross). De acuerdo con la más extendida concepción positivista, la distinción entre validez y eficacia es posible en general, pero solo hasta el punto en que la norma pierde por completo su eficacia, y con ello también su validez (Kelsen). Es el fenómeno de la *desuetudo*, cuya relevancia normativa en todo caso no es pacífica. Rechazar esta conexión conceptual entre validez y eficacia supondría asumir un nivel de idealismo que el positivismo jurídico considera inaceptable.

Una excepción plausible a esta conexión entre validez y eficacia es la de las normas constitucionales que incorporan ideales sustantivos muy exigentes y por el momento alejados de la realidad social, un tipo de normas que son características de las Constituciones contemporáneas. Los teóricos neoconstitucionalistas (positivistas o no) no admitirán en este caso a la desuetudo como generadora de invalidez. Sostendrán, más bien, que tales normas siguen siendo válidas, por muy ineficaces que sean (serán el reverso de las normas meramente vigentes en la terminología de Ferrajoli).

De manera análoga pero aún más clara, la existencia de un sistema jurídico depende de su eficacia. Cómo se determine la eficacia de un sistema jurídico en general es otra cuestión. En la Teoría del Derecho contemporánea, la propuesta de Hart de la existencia de una «regla de reconocimiento» asumida por los operadores jurídicos más relevantes (señaladamente los jueces) es quizá la explicación que goza de mayor predicamento. En este punto, no hay discrepancia significativa con la «norma fundante básica» kelseniana, puesto que la ineficacia de esta también determina la inexistencia del sistema jurídico.

El Derecho ha de ser comprendido como una compleja «práctica» social (Radbruch, Atienza). En tanto que práctica social, ha de orientarse a la satisfacción de un determinado valor o *telos* sustantivo, en su caso la justicia. La justicia es el valor moral inmanente a la práctica jurídica y, por eso, el Derecho es teleológicamente eficaz cuando genera justicia. Con independencia de qué haya de entenderse como justo, lo cierto es que un sistema jurídico que no realice socialmente la justicia en un grado aceptable habrá de calificarse como ineficaz. Se tratará, en este caso, de una práctica social frustrada. De todas formas, este uso del término «eficacia» aplicado al Derecho no es frecuente, y desde luego resultará inaceptable para todos aquellos que rechacen la conexión conceptual entre ambos conceptos.

El término «eficacia jurídica» resulta enojoso por su equivocidad, debida tanto a la gama de fenómenos normativos distintos que designa como al hecho de que las distintas concepciones de lo jurídico asignan una relevancia igualmente diversa a esos fenómenos. Sin embargo, resulta imposible renunciar a él, porque de una manera o de otra apunta a una dimensión esencial de lo jurídico, la de su facticidad (Habermas). Qué peso haya de asignársele a esta dimensión en relación a la de la validez (ahora en el habermasiano sentido de corrección moral o justicia) constituye una de las preguntas clásicas de la Filosofía jurídica, y las grandes concepciones del Derecho (iusnaturalismo, positivismo y realismo, en sus distintas versiones) pueden concebirse como respuestas diferentes a esa pregunta. Por eso, y por las implicaciones prácticas que se siguen de esas respuestas, no cabe aceptar que la cuestión de la eficacia jurídica sea específica de la Sociología del Derecho, como en ocasiones se ha propues-

to, sino que es igualmente relevante e imprescindible para cualquier saber jurídico. En particular, una dogmática jurídica construida al margen de los problemas de la eficacia será siempre una dogmática débil desde el punto de vista teórico e ineficaz desde el punto de vista práctico.

BIBLIOGRAFÍA

HART, H. L. A.: *El concepto de Derecho* (1961). Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.
HIERRO, L. L.: *La eficacia de las normas jurídicas*. Barcelona: Ariel, 2003.
KELSEN, H.: *Teoría pura del Derecho* (1960). México: UNAM, 1986.
NAVARRO, P.: *La eficacia del Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990.
ROSS, A.: *Sobre el Derecho y la justicia* (1958). Buenos Aires: Eudeba, 1997.

Ricardo GARCÍA MANRIQUE
Profesor Titular de Filosofía del Derecho
Universidad de Barcelona

VER TAMBIÉN: CONSTITUCIÓN NORMATIVA / DERECHO Y MORAL / ESTADO DE DERECHO / IGUALDAD ANTE LA LEY / JUSTICIA / LENGUAJE JURÍDICO / POSITIVISMO JURÍDICO / SEGURIDAD JURÍDICA / SOCIOLOGÍA DEL DERECHO / *SOFT LAW* / TEORÍA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO

ESTADO

El Estado es la forma política propia de la Modernidad. Anticipado por los hechos y las teorías de la Baja Edad Media, surge como *lo stato* en la Italia renacentista y se consolida a lo largo del siglo XVI con las Monarquías de base protonacional. No es correcto, por tanto, emplear la expresión «Estado» griego o romano o feudal, aunque se utiliza con frecuencia por ciertas escuelas historiográficas. El tópico sitúa en la Paz de Westfalia (1648) la consagración de la estatalidad en el Derecho público europeo. Desde la más elevada perspectiva filosófica, G. W. F. Hegel magnifica al Estado como expresión última del Espíritu Objetivo que supera o integra las contradicciones de la sociedad civil. Los brillantes juristas que se identifican como doctrina alemana del Derecho público (Jellinek, Laband, Kelsen, Heller…, muy diferentes entre sí, como es notorio) contribuyen a configurar la Teoría del Estado, una disciplina académica todavía pujante aunque hoy día sufre serios problemas para preservar su identidad ante el predominio del Derecho Constitucional positivo y de la Ciencia política empírica. Sea como fuere, en la Europa continental somos deudores de una tradición estatalista que determina el ADN de nuestra formación intelectual. Así pues, razonamos en términos de estatalidad y la simple mención de la *potentior persona* suscita reflejos positivos: «sentido de Estado», «pactos de Estado», «hombre o mujer de Estado», siempre en contraste con el oportunismo partidista.

Elementos *sine qua non* del Estado son el territorio, el pueblo y la soberanía. Los dos primeros son inherentes a cualquier otra forma política y también a las entidades de ámbito inferior. Solo la soberanía es monopolio del Estado. El enfoque puramente jurídico parece relativamente simple, de acuerdo con el principio de igualdad soberana de los Estados que –según la fórmula bajomedieval– «no reconocen superior». La realidad política es por completo diferente. Así, las diferencias territoriales son abrumadoras, desde los más de 17 millones de km^2 de la Federación Rusa (22 millones en la antigua Unión Soviética) hasta el mínimo, a veces ínfimo, espacio territorial que ocupan casi un centenar de Estados; por ejemplo, en Polinesia o en las islas del Caribe. Todavía más elocuente resulta el contraste en materia de población: cerca de 1.400 millones de habitantes en la República Popular China frente a los pocos miles de Nauru o Tuvalu, por citar casos extremos. Un dato muy significativo: el «Gran Tokyo», la mayor aglomeración urbana del mundo con más de 40 millones de personas (casi tantas como España), supera en población a tres cuartas partes de los Estados formalmente reconocidos como tales. Es fácil concluir que el ejercicio material de la soberanía concebida como capacidad de decisión (autonomía y autarquía, en versión clásica) está al alcance de un número muy reducido de sujetos políticos. Más fácil de intuir que de definir, la distinción entre grandes potencias, potencias medias, Estados «pequeños» y «micro Estados» resulta imprescindible para una visión mínimamente realista de las Relaciones Internacionales. Todo ello sin olvidar los Estados «aparentes» que funcionan como paraísos fiscales o como sede ficticia de sociedades que controlan fondos de inversión y otras fórmulas de la economía global.

Tampoco resulta pacífica la cuestión del número de Estados que forman

parte *stricto sensu* de la comunidad internacional. El índice más fiable es, en principio, la condición formal de miembros de Naciones Unidas: a día de hoy, 193. Sin embargo, deja al margen a entidades políticas cuya condición estatal es innegable, caso de Taiwán, sin olvidar, entre otros ejemplos, el confuso *status* de Palestina. En el mapa del mundo no existen ya espacios *nullius*, aunque no todos están sometidos a una soberanía única. La Antártida cuenta con un estatuto internacional que ordena razonablemente el uso del territorio. No sucede lo mismo en el Ártico, objeto de múltiples ambiciones expansionistas. El alta mar o el espacio ultraterrestre están sujetos a su propio régimen jurídico y la delimitación del mar territorial o del espacio aéreo provoca disputas con relativa frecuencia, enconadas por el paso del tiempo. Sea como fuere, el número de Estados ha crecido notablemente. Recuerda A. Truyol que al concluir la Primera Guerra Mundial era apenas superior a cuarenta, casi todos europeos o americanos. La relación se ha multiplicado más o menos por cuatro. Sin duda, la causa principal, pero no la única, ha sido el proceso de descolonización en los años 50 y 60 del siglo pasado.

Otra cuestión relevante. De acuerdo con Max Weber, el Estado reclama para sí *con éxito* el monopolio de la coacción física legítima, de tal modo que los llamados hoy día *rogue States* o *failed States*, incluso Estados «frágiles», son por naturaleza la antítesis de la estatalidad. El fenómeno está más extendido de lo que parece: «señores de la guerra», narcotraficantes o guerrilleros de diversa condición controlan regiones enteras ante la impotencia (o la connivencia) de las autoridades formales. La condición de Estado fallido tiene repercusión en la esfera internacional y justifica a veces la intervención de terceros para establecer un mínimo orden; un ejemplo conocido es la piratería en aguas de Somalia. El horror al vacío es un rasgo constitutivo de la condición humana: el propio Hobbes admitía la pérdida de legitimidad de su Leviatán cuando fuera incapaz de poner orden en la guerra de todos contra todos. De ahí que el reconocimiento de Estados y de gobiernos en Derecho Internacional dependa del principio de efectividad, cuyo origen (mexicano) se sitúa en la «doctrina Estrada». En términos de A. Mangas, los Estados existen o no existen en el terreno de los hechos y su nacimiento no depende de cuestiones de legalidad. Conviene tener muy presentes estas advertencias antes de que ciertas pretensiones secesionistas se traduzcan en una independencia *de facto*. Una vez producida, no sirven de nada los lamentos en el plano moral ni los argumentos jurídico-formales.

Desde el punto de vista de la Teoría política, el Estado es el antagonista dialéctico de la sociedad civil: la contraposición público/privado se construye en torno a uno y otro concepto. Según la síntesis de García-Pelayo, el Estado *liberal* ni quería ni a la larga podría interferir en el orden social natural y se limitaba a crear las condiciones ambientales mínimas para garantizar su funcionamiento espontáneo. Por el contrario, el Estado *social* (con matices, Estado del Bienestar) es regulador decisivo de la vida socioeconómica a través de prestaciones públicas que garantizan, con mayor o menor holgura, la «procura existencial» (E. Forsthoff: *Daseinvorsorge*) y favorecen la redistribución de la renta. Así pues, el Estado liberal solo interviene de forma transitoria, restringida y asistemática, al modo del árbitro que aplica normas generales y abstractas; es decir, simplificando, Constituciones y Códigos. El Estado social transforma esa

«nomocracia» en «telocracia» y abre el gran debate ideológico entre liberalismo y socialismo con sus variantes contemporáneas.

En cuanto a la perspectiva del Derecho Constitucional, las formas de Estado son conceptualmente diferentes de las formas de gobierno, a pesar del confuso, aunque políticamente significativo, art. 1.3 de la Constitución Española. Cabe distinguir:

A) Según el modelo ideológico y su proyección institucional: Estado constitucional (democracia constitucional y, con matices, democracia liberal son también opciones válidas) frente a «lo que no es democracia» (G. Sartori), que incluye conceptos variopintos como tiranía, dictadura, absolutismo, despotismo, autocracia o totalitarismo; este último, el más característico del siglo XX.
B) En función de la organización territorial, cabe acudir a la doctrina kelseniana sobre los grados de descentralización: Estado centralizado, regional, federal o (al margen ya del ámbito estatal) Confederación.

Del estudio del Estado forma parte también la identificación de los *instrumenta regna*, medios materiales y recursos humanos al servicio de la voluntad válidamente formada y expresada por los órganos competentes. Sin ellos no hay Estado, sino caos y arbitrariedad, la antítesis del Estado. Ante todo, la burocracia servida por funcionarios profesionales. Una vez más, Weber lo explica mejor que nadie: sin ellos, se haría inevitable caer en una «terrible corrupción» y una «brutal incompetencia». La diplomacia formalizada desde el Renacimiento (G. Mattingly) es otro elemento imprescindible. Más aún, el Ejército, con tendencia a ser permanente pero con altibajos en cuanto al reclutamiento profesional o bien mediante «la nación en armas». Por supuesto, los jueces encargados de aplicar Derecho escrito, producto de la voluntad del poder y (supuestamente) racional dejando en lugar secundario las manifestaciones sociales de creación de normas jurídicas.

Última cuestión. ¿Está en crisis el Estado? La respuesta podría ser positiva desde un enfoque puro de Filosofía política, en la medida en que el Estado se identifica con el «minotauro» absolutista (B. de Jouvenel) que hace imposible la libertad individual a causa del dirigismo económico y el paternalismo moral. De alguna manera, tal vez paradójica, este planteamiento enlaza con la República, alternativa fallida al Estado en sus orígenes históricos, pero magnificada doctrinalmente como depósito de libertades a pesar de su condición oligárquica. Más allá de la teoría, la resistencia y la resiliencia –según el concepto de moda– del Estado como forma política es realmente notable. Vivimos un proceso de «devolución» de los poderes expropiados (o incautados) por la estatalidad naciente en la Baja Edad Media y el Renacimiento: recuperan posiciones las instancias infraestatales y las superiores, incluso con cesiones efectivas de soberanía. No obstante, el Estado continúa siendo la meta que todos intentan conseguir: unos hablan de Estados Unidos de Europa y otros pretenden que sus naciones reales o imaginarias alcancen la condición plena de Estados. Así las cosas, nuestro concepto seguirá siendo centro y eje del Derecho Público y la Teoría política al menos en el plazo razonable a cuya previsión pueda aspirar un gremio poco dotado para la profecía. *La respuesta estatal a la pandemia COVID-19 es una buena prueba de la fortaleza de esta forma política*.

BIBLIOGRAFÍA

DYSON, K. H. F.: *The State Tradition in Western Europe*. Oxford: M. Robertson, 1988.
ENGLISH, R. y TOWNSHEND, Ch.: *The State, historical and political dimensions*. London & New York: Routledge, 1999.
GARCÍA-PELAYO, M.: *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid: Alianza, 1977.
NEGRO PAVÓN, D.: *La tradición liberal y el Estado*. Madrid: RACMYP, 1995.
PASSERIN D'ENTREVÈS, A.: *La noción de Estado. Una introducción a la Teoría política*. Barcelona: Ariel, 2001.
PENDÁS, B.: «¿Tienen futuro los Estados?», en *La sociedad menos injusta. Estudios de Historia de las Ideas y Teoría de la Constitución*. Madrid: Iustel, 2019.
WEBER, M.: *La política como vocación* (1919). Madrid: Alianza, 2009.

Nota: Véanse también los tratados clásicos de Teoría del Estado (Jellinek, Kelsen, Heller y otros).

Benigno PENDÁS
Académico de Número y Vicepresidente de la
Real Academia de Ciencias Morales y Políticas
Catedrático de Ciencia Política de la Universidad CEU San Pablo
Ex Director del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales

VER TAMBIÉN: CONSTITUCIÓN / DEMOCRACIA / DERECHO CONSTITUCIONAL / DESCOLONIZACIÓN / DERECHO INTERNACIONAL / ESTADO CONSTITUCIONAL / **PANDEMIA: PERSPECTIVA INTERNACIONAL** / RAZÓN DE ESTADO / SOBERANÍA

ESTADO AUTONÓMICO

Nuestra forma política, que ha recibido el nombre de Estado autonómico o Estado de las Autonomías, puede ser analizada o bien a través de categorías propias, teniendo en cuenta por lo demás que nuestra Constitución no utiliza ninguna calificación al respecto, o bien refiriéndonos al ejemplo federal, marcando puntos de conexión o diferencias con el mismo. Conforme al primer procedimiento, diríamos que el Estado autonómico es un *Estado compuesto* que entiende la autonomía como la capacidad de las nacionalidades y regiones de hacer leyes. Pero quizás para el entendimiento del Estado autonómico resulta más clara la utilización de la *referencia federal*. La descentralización llevada a cabo por el Estado autonómico es la propia de los sistemas federales, hasta el punto que, con toda corrección, puede decirse que nuestra forma política es un Estado federal, constituyendo uno de sus rostros. Como en el Estado federal, en el autonómico se dan tres características comunes de descentralización:

A) En primer lugar, es un Estado compuesto, con la correspondiente *dualidad institucional*. De esta manera existe, por una parte, un nivel de autoridades de orden legislativo, ejecutivo y judicial, con jurisdicción en todo el Estado y compartiendo población y territorio, a la vez de la organización política común y de los entes integrados; y otro nivel cuyos mandatos alcanzan a su respectivo territorio, si bien es cierto que en nuestra forma política las organizaciones territoriales no disponen de un poder judicial propio, pues el Tribunal Superior de Justicia no es un órgano autonómico sino del Estado, aunque se acepta que existan competencias autonómicas en relación con determinadas decisiones en este ámbito. Nótese también que si bien los entes integrados, en nuestro caso las Comunidades Autónomas, tienen un deber de homogeneidad con la organización estatal, pueden desarrollar institucional y procedimentalmente una cierta especificidad. En efecto, la forma de gobierno de los sistemas autonómicos –o modo de relacionarse los poderes– es, como en el caso del Estado, la correspondiente al régimen parlamentario en su variante racionalizada, pero con algunas peculiaridades. Así, por ejemplo, comenzando por el propio sistema sobre cuya base tiene lugar la elección de las respectivas Asambleas legislativas, y en el que se rebaja su proporcionalidad en relación con el modelo estatal, estableciendo en el caso vasco una representación igual de los diversos territorios históricos; o determinando un equilibrio entre poderes más débil que el canónico en el régimen parlamentario, así en los Parlamentos de las Comunidades de régimen ordinario que no pueden ser disueltas por el presidente, facultad que, por lo demás, no se establece en el caso de las Comunidades de régimen especial en sus Estatutos sino en una ley especial; o como cuando, en lo que se refiere a las relaciones Gobierno-Parlamento, los Estatutos de la Comunidad Valenciana o de Castilla-La Mancha admiten la posibilidad de hacer objeto de la cuestión de confianza a un proyecto de ley. Finalmente, cabe singularizar el caso vasco en que se contempla la moción de censura individual, por no

hablar, en términos ya generales, de la comprensión estatutaria más estricta de las prerrogativas de los parlamentarios autonómicos en relación con las de los diputados y senadores.

B) En el sistema autonómico, como en el federal, *la cuestión fundamental es la competencial*, esto es, saber a qué instancia, si central o autonómica, corresponde la atribución o facultad concreta, que fija el Estatuto de Autonomía, pero de acuerdo con la Constitución, esto es, dos normas de nivel máximo, si bien el Estatuto no denota poder constituyente soberano y es formalmente una ley (orgánica) del Estado. Realizaremos dos observaciones al respecto. En primer lugar, que las referencias conceptuales elementales, que han sido muy frecuentemente construidas por la doctrina del Tribunal Constitucional, son utilizadas por la Constitución, pero no definidas por ella. Así, la propia idea de competencia, como facultad de intervención normativa o no en una determinada materia o ámbito de actuación pública; la fijación en la competencia de su objeto y el nivel o tipo de actuación a que se refiere el título de intervención: así cabe distinguir entre competencias normativas o de ejecución; la distinción entre competencias exclusivas, compartidas o concurrentes o los criterios a tener en cuenta para la resolución de las disputas competenciales, a favor de la instancia que pueda invocar sobre la materia en cuestión un título más específico: así, en el supuesto de dos títulos competenciales generales, prevalecerá el correspondiente al de la materia en que se encuadre el objetivo, propósito o finalidad buscados más fuertemente por la norma, entendiéndose que las competencias sustantivas incluyen las instrumentales, imponiéndose en ejercicio de las competencias el respeto del principio de cooperación, consustancial al Estado autonómico, etc... El sistema competencial se articula sobre las categorías de *bases y desarrollo*. En efecto, el título competencial concreto ordinario para intervenir en una materia deriva directamente de una *ley básica del Estado central* que ha de ser desarrollada sobre una materia compartida por la Comunidad Autónoma. El tipo normativo de las bases da un extraordinario juego, pues posibilita el ejercicio de dos políticas, como líneas de decisión autónomas sobre los intereses de las respectivas Comunidades. La ley de desarrollo es una prolongación autónoma de la ley básica, pero no es, como ocurre con el reglamento, ejecución de otra norma anterior. Las posibilidades de las bases han sido enriquecidas por la doctrina constitucional, que finalmente ha optado por una concepción material de las mismas frente a la formal, como es sabido.

C) En tercer lugar, los conflictos que surjan en el ejercicio de las respectivas atribuciones son resueltos por *un Tribunal especializado* con absoluta independencia e imparcialidad. Como corresponde a un Estado de Derecho, en España los conflictos territoriales no se proponen en clave identitaria sino de forma jurídica para su resolución por la instancia adecuada. Lo que ha conseguido el Estado autonómico es, ni más ni menos, que los contenciosos territoriales entre las Comunidades Autónomas y el Estado central no se presenten de manera esencialista, como una colisión entre identidades o lealtades, sino como disputas competenciales, aducidas en términos jurídicos y en ellos solubles por los tribunales, y específicamente por el Tribunal Constitucional. Ciertamente, para las Comunidades Autónomas las compe-

tencias se reclaman en ejercicio del autogobierno, en cuanto instrumentos necesarios para la preservación de la propia identidad, pero admitiendo una solución pacificadora que no se considera en clave política –como imposición de un poder externo o como victoria ante el enemigo de la autonomía– sino, como decimos, de manera exclusivamente jurídica.

Naturalmente, el significado político del Estado autonómico no se agota considerando exclusivamente sus manifestaciones institucionales sino apreciando su rendimiento integrador: el sistema autonómico es el tratamiento institucional para un Estado con tensiones nacionalistas en su seno. Es cierto que la organización autonómica se ha justificado en base a otros argumentos que el de la atención a las demandas nacionalistas, aduciendo las ventajas funcionales de la descentralización y resaltando las oportunidades que para una democracia de superior participación ofrece tal sistema, pero, con todo, y si se quiere en mayor grado que en el caso federal, la justificación del Estado autonómico reside en su capacidad para ofrecer a los seccionalismos territoriales españoles una adecuada articulación institucional. La referencia a la capacidad de integración de la fórmula autonómica es fundamental para explicar el origen de nuestro Estado, esto es, por qué se impuso la rectificación del modelo unitario o centralista, pero es asimismo indispensable para dar cuenta de su aceptación general hasta la fecha (descontadas la crisis de Ibarretxe y la actual disputa en Cataluña), pues cuando se produzca –en serio, más allá de posiciones estratégicas o retóricas– la denuncia del Estado autonómico como fórmula de juntura, ya tenga ello lugar desde las exigencias de la nación española o de los nacionalismos territoriales, se habrán quebrado sus supuestos espirituales y la crisis de la forma política se planteará de modo ineludible.

BIBLIOGRAFÍA

Aja, E.: *El Estado autonómico: Federalismo y hechos diferenciales*. Madrid: Alianza, 1999.
Cruz Villalón, P.: *La curiosidad del jurista persa y otros estudios sobre la Constit*ución. 2.ª ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.
Muñoz Machado, S.: *Derecho público de las Comunidades Autónomas*. Madrid: Iustel, 1982-1984. 2 vol.
Solozabal, J. J.: *Bases constitucionales del Estado autonómico*. Madrid: McGraw-Hill, 1998.
— *Pensamiento federal español y otros estudios autonómicos*. Madrid: Iustel, 2019.

Juan José Solozabal Echavarria
Catedrático Emérito de Derecho Constitucional
Universidad Autónoma de Madrid

VER TAMBIÉN: ADMINISTRACIONES PÚBLICAS / AUTODETERMINACIÓN / COMUNIDADES AUTÓNOMAS / CONSTITUCIONALISMO MULTINIVEL / DIVISIÓN DE PODERES / ESTADO FEDERAL Y FEDERALISMO / NACIÓN Y NACIONALISMO / NACIONALIDADES / **PANDEMIA: PERSPECTIVA JURÍDICA** / SECESIÓN Y DERECHO A DECIDIR / SENADO / TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

ESTADO CONSTITUCIONAL

El concepto de *Estado* es complejo y polémico, aunque la doctrina coincide en los elementos básicos que lo integran: territorio, población y poder. Empero, no siempre que se encuentran estos componentes hay Estado. La combinación solo adquiere la forma de Estado cuando el poder tiene una característica propia, a la que se identifica como soberanía. No importan el tamaño del territorio ni de la población, pero sí es decisivo el tipo del poder que se ejerza.

La *soberanía* es otra polisemia. Para los efectos del Estado constitucional es suficiente con una idea operacional conforme a la cual hay poder soberano allí donde existe la facultad autónoma de producir normas susceptibles de ser aplicadas mediante la coacción legítima.

Además del concepto de Estado soberano, a partir del siglo XIX comenzó a desarrollarse el de *Estado de Derecho*. En la actualidad denota la sujeción a la norma por parte de gobernados y de gobernantes; la existencia de un ordenamiento adoptado conforme a procedimientos estandarizados; la proscripción de la discrecionalidad y la previsibilidad de las decisiones del poder. Al mediar el siglo XX, el Estado de Derecho se enriqueció con la adición de contenidos que lo identifican como *social* y, en otros casos, también como *democrático*. En este contexto comenzó a hablarse de Estado constitucional. Se trata de un fenómeno reciente.

El significado de *Constitución* ha tendido a una complejidad progresiva. La *Constitución* tradicional consistía en la regulación del poder, en tanto que la actual pone un especial énfasis en la forma como se relacionan los gobernados entre sí y con el poder, y en la manera controlada, responsable y desconcentrada como el poder político se ejerce. Por lo mismo, aunque todo Estado ha tenido y tiene *Constitución*, no todo Estado es constitucional, a la luz de un concepto avanzado de *Constitución*.

En 1819 Benjamin Constant distinguió entre la libertad de los antiguos y de los modernos. Apuntó que las libertades en el mundo antiguo eran un atributo del conjunto, cuya mayoría imponía sus decisiones a la totalidad de los sujetos, en tanto que en el mundo moderno se privilegiaba la libertad individual. En la época de Constant esta prevalencia de la libertad personal implicaba, entre otras cosas, la prohibición de la esclavitud, así como en la nuestra supone la proscripción de la discriminación en perjuicio de cualquier individuo.

A semejanza del discurso de Constant en el Ateneo de París, en 1938 Charles Howard McIlwain dictó un ciclo de conferencias, en la Universidad de Cornell, sobre el tema «Constitucionalismo antiguo y moderno». El profesor estadounidense subrayó que la concepción antigua de la Constitución se limitaba a lo que ahora entendemos como disposiciones administrativas, mientras que en un sentido moderno la Constitución regula la estructura jurídica del Estado. En tanto que el Estado es un ente complejo del que forman parte gobernados y gobernantes, la Constitución moderna adquiere una dimensión más amplia de la que tuvo en el pasado.

Jellinek sistematizó la interacción entre gobernados y gobernantes regulada por

la Constitución. Conforme a su teoría del *status* existen tres formas de relación de las personas con el Estado: las de orden *negativo, positivo y activo*. En el primer caso, la subordinación de los individuos al Estado llega hasta donde el Derecho ordena, y la esfera de libertad de la persona está integrada por todo lo substraído al dominio estatal; el segundo orden consiste en el derecho que tienen los individuos a utilizar los servicios ofrecidos por el Estado, o a beneficiarse de las acciones estatales, incluidas las de prestación; el tercero corresponde a la posibilidad del individuo de participar en las actividades del Estado, como votar o desempeñar cargos públicos.

La evolución del Estado permite identificar una cuarta forma de relación, en este caso de orden *pasivo*: los gobernados tienen *derecho al buen gobierno*. El buen gobierno implica proscribir la arbitrariedad, que se traduce en la obligación de aplicar el Derecho de manera razonable; prever los riesgos para la sociedad y anticipar las opciones para superarlos cuando son inevitables; conjurar el agravamiento de los problemas y resolverlos sin generar a cambio nuevas dificultades; promover la equidad, el bienestar y el acceso a la justicia; ejercer el poder de manera controlada y responsable, y garantizar el derecho de los gobernados a deliberar en libertad.

Los elementos esenciales de una Constitución son su carácter normativo, que la hace aplicable y reformable de conformidad con los procedimientos que ella misma determina, y su supremacía, en tanto que no existe ninguna otra disposición de la que dependan su vigencia y positividad.

Para determinar si se estaba ante una Constitución, por mucho tiempo se tuvo como parámetro el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789, según el cual «Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución». El nuevo estándar mantiene esos términos básicos, con adecuaciones. Para que haya Constitución son indispensables al menos tres elementos: derechos subjetivos, individuales, colectivos y sociales; garantías para la defensa de la Constitución y para el ejercicio de los derechos que confiere, y poder controlado, distribuido, legítimo y razonable.

De acuerdo con Enzo Cheli, el Estado constitucional presenta los siguientes elementos característicos: a) una democracia plural fundada en la legitimación de las fuerzas políticas, sociales y culturales; b) una Constitución rígida; c) diversas reglas fundamentales del proceso político que incorporan los valores procedentes del tejido social y cultural en un catálogo de derechos fundamentales, y d) un sistema de gobierno basado en la soberanía popular, que dispone de mecanismos de garantía y sujeta el ejercicio del poder a la orientación (*indirizzo*) y al control político ejercidos por el sistema representativo.

El Estado es constitucional porque una *norma suprema e inviolable* rige el orden jurídico. Por esta razón Raúl Gustavo Ferreyra ha señalado que la Constitución se convierte en un cuarto elemento del Estado. Esta tesis presenta un matiz con relación a la tesis de Peter Häberle, para quien el cuarto elemento del Estado constitucional es la cultura. Hay convergencia entre ambos autores, en tanto que para la teoría häberliana los órdenes constitucional y cultural juegan una función complementaria e integradora, por lo que el Estado constitucional se

compone de factores reales e ideales, normativos y culturales, que además de los derechos universales incluye la dignidad de las personas, el pluralismo, el Estado social, el Estado de Derecho y el Estado de cultura. El argumento de Ferreyra también tiene un antecedente en Kelsen, para quien «la Constitución es siempre el fundamento del Estado». Por su parte, Martín Kriele utiliza la denominación «Estado constitucional democrático», por su vínculo con la teoría de la democracia constitucional, y Luigi Ferrajoli lo enuncia como «Estado constitucional de Derecho», por su asociación con los derechos fundamentales.

En suma, no todo Estado es constitucional. Es constitucional el Estado donde, además de territorio, población y poder soberano, hay *un ordenamiento jurídico jerarquizado, válido y eficaz, basado en una norma suprema e inviolable cuyos elementos incluyen el pluralismo democrático y el laicismo institucional, el ejercicio controlado y responsable del poder político, la igualdad y la seguridad jurídicas, la equidad y el bienestar sociales, el acceso a la jurisdicción independiente y las garantías para el ejercicio de los derechos ambientales, civiles, culturales, económicos, políticos y sociales*.

Un Estado de libertades siempre está expuesto a múltiples vicisitudes. Sin embargo, si se advierte que el Estado constitucional es un desarrollo muy reciente del constitucionalismo, es razonable confiar en que se estabilizará donde ya existe, se consolidará donde está germinando y se expandirá hacia los Estados que conservan una estructura y un funcionamiento ajenos al constitucionalismo avanzado.

BIBLIOGRAFÍA

Cheli, E.: *Stato costituzionale e ragionevolezza*. Nápoles: Editoriale Scientifica, 2011.
Ferrajoli, L.: *Principia iuris*. Madrid: Trotta, 2011.
Ferreyra, R. G.: «Manifiesto sobre el Estado constitucional», en *Revista de Derecho Público*, Buenos Aires, 10 (2015)
Häberle, P.: *El Estado constitucional*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2001.
Kriele, M.: *Introducción a la Teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático*. Buenos Aires: Depalma, 1980.

Diego Valadés
Constitucionalista. Investigador Emérito del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM e Investigador Emérito del Sistema Nacional de Investigadores. Miembro de El Colegio Nacional, de El Colegio de Sinaloa y de la Academia Mexicana de la Lengua

VER TAMBIÉN: BUEN GOBIERNO / CONSTITUCIÓN / CONSTITUCIÓN NORMATIVA / DEMOCRACIA / DERECHO CONSTITUCIONAL / DERECHOS HUMANOS / DIVISIÓN DE PODERES / ESTADO DE DERECHO / ESTADO DEMOCRÁTICO / JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL / PODER CONSTITUYENTE / SOBERANÍA

ESTADO DE DERECHO

El Estado de Derecho es una de las ideas básicas del constitucionalismo moderno. Tiene su origen en Alemania, donde en los albores del siglo XIX se opuso el ideal de un Estado que se condujese con arreglo a normas jurídicas *(Rechtsstaat)* al criterio absolutista de que el Estado debía guiarse según el prudente arbitrio del Príncipe y de sus agentes *(Polizeistaat)*. Es importante destacar que la idea de Estado de Derecho no quedó circunscrita a la observancia de procedimientos, sino que ha tenido siempre implicaciones sustantivas, especialmente en lo atinente a la tutela de la libertad y la propiedad de las personas. Podría decirse que el Estado de Derecho es la máxima expresión jurídica del liberalismo político. Esta idea, con matices diversos, ha sido adoptada por todas las democracias constitucionales, conociendo un desarrollo extraordinario con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial.

El equivalente al Estado de Derecho en la cultura jurídico-política anglosajona es el *rule of law* y esta es la expresión que suele utilizarse cuando hay que traducirlo al inglés. La idea de *rule of law* también abarca aspectos formales y materiales; pero históricamente ha puesto el acento en el ejercicio del poder de conformidad con las comunes vías del Derecho y, en particular, en su sometimiento a los tribunales ordinarios.

La idea de Estado de Derecho no se limita actualmente al ámbito nacional, pues es uno de los valores en que se fundamenta el proceso de integración europea, con arreglo al art. 2 del Tratado de la Unión Europea. Así, no se puede ser miembro de la Unión –y seguramente tampoco del Convenio Europeo de Derechos Humanos– sin respetar las exigencias elementales del Estado de Derecho. Véase, por ejemplo, la reciente sentencia *Comisión c. Polonia* de 6 de noviembre de 2019 (C-192/18) del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En España, el ideal del Estado de Derecho está expresamente proclamado ya en el art. 1 de la Constitución y es –junto con la democracia, el Estado social, la Monarquía parlamentaria, y el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones– uno de los elementos definitorios del diseño constitucional del Estado. Además, el art. 9 de la Constitución consagra una serie de principios más específicos que son manifestaciones técnicas del Estado de Derecho en ámbitos más restringidos. Tales son señaladamente el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad e irretroactividad de las normas y la seguridad jurídica. Es innegable que todos estos principios constitucionales se orientan hacia la limitación jurídica del poder político y, en este sentido, comparten el *telos* del Estado de Derecho. Y hay, asimismo, otras doctrinas no mencionadas explícitamente en la Constitución española que también están relacionadas con el ideal del Estado de Derecho, como es destacadamente la separación de poderes. Sin embargo, a fin de no perderse en disquisiciones demasiado generales y no caer en confusiones conceptuales, es preferible –sobre todo en el análisis de problemas jurídicos– examinar cada uno de esos principios constitucionales por separado.

Una vez hechas las anteriores precisiones, debe subrayarse que el núcleo del

Estado de Derecho es la sumisión de los poderes públicos al Derecho. Su manifestación técnica más importante es, así, el principio de legalidad. Y complemento indispensable del principio de legalidad es el control de la actuación de los poderes públicos por los tribunales: de poco serviría la afirmación de que los poderes públicos están sometidos al Derecho si luego no existieran vías jurisdiccionales efectivas, administradas por jueces independientes, para verificar que la actuación de aquellos se ajusta a la legalidad y, en su caso, extraer las consecuencias pertinentes (anulación de actos no ajustados a Derecho, imposición de sanciones, indemnización de daños, etc.). En la Constitución Española, el principio de legalidad –más allá de su consagración con alcance general en el ya citado art. 9– es mencionado en otros dos lugares. Uno es el art. 103, que establece que la Administración Pública debe actuar «con sometimiento pleno a la ley y al Derecho», con su corolario en la previsión del art. 106 de que los tribunales controlan «la legalidad de la actuación administrativa». Y el otro es el art. 117, allí donde proclama que los jueces y tribunales están «sometidos únicamente al imperio de la ley». El principio de legalidad se desdobla así en principio de legalidad de la Administración –y, más en general, del Poder Ejecutivo– y principio de legalidad del Poder Judicial, con diferencias técnico-jurídicas entre ellos cuyo examen no puede abordarse en esta sede.

Aspecto crucial del Estado de Derecho es su relación con la democracia. En la medida en que aquel consiste en la sumisión de los poderes públicos a normas jurídicas, implica la imposición a aquellos de límites, que pueden ser tanto formales como materiales. Los límites formales definen el modo en que las potestades públicas pueden ser válidamente ejercidas, mientras que los límites materiales delimitan aquello que puede ser objeto de dichas potestades públicas y aquello que, en cambio, resulta intangible para ellas. La existencia del Estado de Derecho supone así restringir la decisión política: esta solo cabe sobre determinadas materias y respetando ciertas formalidades. Ello significa que el principio de decisión por mayoría, piedra angular de la democracia, no es ilimitado: haber ganado unas elecciones –o un referéndum– no justifica cualquier medida, ni otorga un poder omnímodo. La democracia combinada con el Estado de Derecho suele denominarse «democracia constitucional» o «democracia liberal». Es la existente en todos los países genuinamente democráticos, pues la democracia iliberal difícilmente merece ser calificada de democrática, habida cuenta de su falta de respeto hacia las minorías y los disidentes.

Es útil destacar que el Estado de Derecho –o, si se prefiere, el liberalismo político– es históricamente anterior a la democracia. Sus fundamentos fueron puestos por las revoluciones liberales en los siglos XVIII y XIX; pero la democracia es más tardía y, si se toma como indicador de la misma el sufragio universal, mal puede decirse que haya arraigado antes del siglo XX. Así, la historia del constitucionalismo moderno puede ser vista como una marcha, plagada de dificultades, hacia la democratización del Estado de Derecho.

Hasta aquí, la versión clásica de este concepto. El control de constitucionalidad de las leyes es un fenómeno sobrevenido, al menos en Europa. La Constitución Española lo prevé en su título IX, relativo al Tribunal Constitucional. La aparición de los Tribunales Constitucionales supuso una mutación del Estado de Derecho. En su versión clásica, este

significaba fundamentalmente la preferencia de la ley, a la que quedaban sometidos cualesquiera otros actos de los poderes públicos. La ley era la norma suprema del ordenamiento jurídico, lo que equivale a decir que era omnipotente y que el Parlamento no estaba vinculado a límites jurídicos. En la práctica, mientras que los Poderes Ejecutivo y Judicial estaban sometidos a la ley, el Poder Legislativo no tenía vinculación alguna: dado que el centro del sistema era la ley, suele hablarse de «Estado legal de Derecho». Por el contrario, la instauración del control de constitucionalidad de las leyes conduce al «Estado constitucional de Derecho»: ni la ley es ya la norma suprema, ni el Parlamento es ya omnipotente. Hay reglas y principios constitucionales que delimitan lo que la representación popular misma puede hacer y, en ese sentido, el Estado de Derecho adquiere una significación más amplia. El art. 20 de la Ley Fundamental de Bonn expresa gráficamente esta idea, cuando dice que «el Poder Legislativo está sometido al orden constitucional; los Poderes Ejecutivo y Judicial, a la ley y al Derecho».

BIBLIOGRAFÍA

Díaz, E.: *Estado de Derecho y sociedad democrática*. Madrid: Cuadernos para el Diálogo, 1966.

Forsthoff, E.: *Estado de Derecho en mutación (Trabajos constitucionales 1954-1973)*. Madrid: Tecnos, 2015.

Garrorena Morales, Á.: *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*. Madrid: Tecnos, 1995.

Luis María Díez-Picazo
Magistrado y ex Presidente de la Sala Tercera del Tribunal Supremo
Catedrático de Derecho Constitucional

VER TAMBIÉN: CONSTITUCIÓN / DEMOCRACIA / DERECHO CONSTITUCIONAL / DERECHOS FUNDAMENTALES / DIVISIÓN DE PODERES / ESTADO CONSTITUCIONAL / ESTADO DEMOCRÁTICO / ESTADO SOCIAL / JUECES Y MAGISTRADOS / LEGALIDAD (Principio de) / **PANDEMIA: PERSPECTIVA JURÍDICA** / PRINCIPIOS Y VALORES CONSTITUCIONALES / TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

ESTADO DE PARTIDOS

La constitucionalización de los partidos políticos a que se procede en el artículo 6 de nuestra Norma Fundamental se inscribe en el movimiento de la posguerra de reconocimiento constitucional explícito de los mismos. Las causas de tal reconocimiento han de verse, de un lado, en las exigencias de lo que podríamos llamar *realismo constitucional*. De otro lado, se trata de asegurar el funcionamiento democrático de los partidos, a lo que se espera contribuya su imposición al respecto en la primera norma del sistema político.

A los partidos políticos, regulados en dicho art. 6 de la Constitución, les son aplicables las normas generales de la asociación del art. 22 CE. Existe un derecho a la creación de los partidos políticos y a la afiliación en los mismos; pero se da también un derecho del partido como tal a participar en la vida pública.

La inclusión en el título preliminar de la Constitución de la regulación de los partidos puede considerase acertada, ya que, si la función de tal título es la definición de nuestro régimen político, parece correcto incluir en él dicho precepto, pues los partidos son un elemento imprescindible de un sistema democrático. Esta ubicación de los partidos políticos, con todo, no permite hablar del Estado constitucional español como *un Estado de partidos*. En todo caso el nuestro será un *Estado con partidos*, ya que a estos les corresponde la función fundamental de servir a las instituciones del Estado, que son las que expresan la voluntad popular.

El Tribunal Constitucional considera a los partidos políticos asociaciones libres (STC 10/1983) con funciones públicas. *Su naturaleza privada* explica la libertad de su creación y actuación, de modo que a los mismos les son aplicables las reglas del art. 22 CE, relativo al derecho de asociación y cuyo contenido conforma el núcleo básico del régimen del partido político (STC 85/1986) y para cuya protección está disponible el recurso de amparo (STC 3/1981); *sus funciones públicas* dan cuenta de su relevancia constitucional y las especiales exigencias en su creación y funcionamiento del respeto al orden constitucional y a los principios democráticos (STC 3/1981 y STC 10/1983). Si prestamos atención al contenido del art. 6 CE vemos que en él no se definen los partidos políticos, sino que, en primer lugar, se especifican las funciones que estos deben desarrollar. En segundo lugar, se reconoce el carácter libre de su creación y funcionamiento, dentro del respeto a la Constitución y la ley. Por último, el constituyente establece la exigencia de democraticidad de los partidos en su organización y funcionamiento. Veamos esto con algún detalle.

Las funciones reconocidas constitucionalmente a los partidos denotan su importancia en el sistema político sin que ostenten una posición de monopolio en el mismo, ya que *expresan*, pero no agotan, el pluralismo político. Son *instrumento fundamental*, pero no único, de la participación política. *Concurren* a la formación y manifestación de la voluntad popular. Concurren entre sí, pero también con otros agentes. Relieve especial puede conferirse a la utilización de la expresión «concurren», porque en ella puede encontrarse implícita *la garantía institucional* de un sistema político plural y competitivo, integrado por

diversos agentes políticos y sociales, en el que se asegura, como decimos, un juego a los partidos importante, pero no exclusivo.

La intervención de los partidos en el sistema político ha de constreñirse a la constitución y el funcionamiento exclusivamente de los órganos del Estado que adoptan decisiones políticas, esto es, Parlamento y Gobierno. Por ello se les veda intervenir en los órganos judiciales y en la Administración. De otro lado, la intervención de los mismos en la vida política no se circunscribe a su necesaria presencia en las elecciones.

Respecto de la exigencia del principio de *democracia interna*, se trata de un requisito que juega sobre todo en el plano de las normas estatutarias del partido. Esta exigencia equivale a la organización que se establece en la Ley Orgánica de Partidos 6/2002, según la cual deben acoger determinados criterios democráticos tales como: conferir el carácter de órgano supremo a la asamblea general de los militantes o de los representantes de estos y atribuir el derecho de sufragio activo y pasivo de todos los miembros para los cargos del partido, participando mediante sufragio libre y secreto (art. 7 LOP). Lo más novedoso se refiere al establecimiento de un procedimiento sancionador que puede culminar en la expulsión del miembro del partido, y que exige la aportación de una prueba de cargo, oportunidad de defensa, así como la decisión motivada de un órgano disciplinario del partido (art.8 LOP). La Ley de Partidos también prevé su disolución a cargo de una Sala Especial del Tribunal Supremo (art. 61 LOPJ), debido a infracciones reiteradas de sus exigencias democráticas (art. 10.5 LOP). El partido político adquiere *la personalidad jurídica*, según la ley, como consecuencia de su inscripción en el Registro de Partidos, y si han transcurrido veinte días sin que el Ministerio del Interior se haya dirigido a los promotores por fallos en el Registro o se haya comunicado al Ministerio Fiscal la existencia de indicios de criminalidad (art.4.3 LOP).

¿Cómo entender la exigencia contenida en el artículo 6 CE de que la libertad de creación y actividad de los partidos se ejerza «dentro del respeto a la Constitución y la ley» que excluya su redundancia en un ordenamiento que prescribe la vinculación universal a la Norma Fundamental? En una interpretación próxima a los postulados de la democracia militante, algunos proponen que con dicha especificación se trata de exigir algo más que el simple acatamiento formal del ordenamiento constitucional, esto es, un cierto grado de adhesión a sus principios básicos, pues los partidos políticos se encontrarían más fuertemente vinculados a la Constitución por su especial aportación al funcionamiento del sistema democrático, como sucede en los ordenamientos alemán y francés.

Nosotros propugnamos en cambio una óptica meramente formal o procesal de este precepto constitucional, ya que la interpretación material parece contradecir los principios del pluralismo político y el mismo carácter abierto de la Constitución que admite su propia reforma. Por esta razón, en nuestro ordenamiento quedan prohibidos exclusivamente aquellos partidos que sean *ilícitos*, según el Código Penal, por proponerse fines delictivos o utilizar medios de este tipo para su consecución; o que propugnen la violencia en el juego político, de acuerdo con el art. 22 CE, que establece las reglas generales de la asociación.

La cuestión se ha complicado porque la Ley de Partidos contempla *un tipo de*

ilicitud no penal en el caso de los partidos, que puede conllevar su ilegalización, cuando adopten *una actitud anticonstitucional*, situación en la que se encontrarían los partidos no democráticos y los persistentemente beligerantes contra la democracia. Pero la constitucionalidad de la Ley citada ha sido confirmada jurisdiccionalmente por el Tribunal Constitucional e indirectamente por el propio Tribunal de Estrasburgo.

El control judicial de la ilicitud a que se refiere la Ley de Partidos se lleva a cabo a través de *un procedimiento especial* ante la citada Sala Especial del Tribunal Supremo. No es esta la única oportunidad del *control judicial del partido político*. La intervención judicial se puede producir en la fase previa a la constitución del mismo con ocasión de la inscripción. Por lo que se refiere al partido constituido, concurren controles por parte de la jurisdicción ordinaria civil, la jurisdicción penal y la jurisdicción contencioso-administrativa, que es competente para conocer la regularidad de las actuaciones de un partido que sean presupuesto de un acto administrativo. La Sala Especial («Sala del 61») resolverá sobre la suspensión o disolución en los casos de ilicitud específica de los que se ocupa el art. 9 de la Ley de Partidos y que hemos comentado.

Es discutible en términos constitucionales que la sanción a un partido que incurra en la infracción de las exigencias democráticas en su funcionamiento efectivo, de las que entiende dicha Sala Especial del Supremo, sea la disolución y no el rebajamiento de rango a mera asociación, privándole de personalidad jurídica como consecuencia de la cancelación de su inscripción en el Registro de Partidos.

BIBLIOGRAFÍA

Biglino Campos, P., coord.: *Partidos políticos y mediaciones de la democracia directa*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2016.
García Guerrero, J. L.: *Escritos sobre partidos políticos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.
García-Pelayo, M.: *El Estado de Partidos*. Madrid: Alianza, 1986.
Santamaría Pastor, J. A.: «Artículo 6 CE, Partidos políticos», en F. Garrido Falla, ed. *Comentarios a la Constitución*. Madrid: Civitas, 1985.
VV. AA.: «Partidos políticos», en *Teoría y realidad constitucional*, 35, monográfico (2015).

Juan José Solozabal Echavarria
Catedrático Emérito de Derecho Constitucional
Universidad Autónoma de Madrid

VER TAMBIÉN: CALIDAD DEMOCRÁTICA / DEMOCRACIA / DIVISIÓN DE PODERES / ESTADO DEMOCRÁTICO / GRUPOS PARLAMENTARIOS / IDEOLOGÍAS / LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA / PARLAMENTOS / PARTIDOS POLÍTICOS / SISTEMAS DE PARTIDOS

ESTADO DEMOCRÁTICO

En términos generales, Estado democrático significa que su poder emana de la voluntad popular, tanto en el plano constituyente como en el constituido, lo que se asegura mediante reglas jurídicas que garantizan la libertad de los ciudadanos (condición indispensable para que pueda ser soberano el pueblo en que se integran) y la participación de estos en el desenvolvimiento del Estado, bien de modo directo interviniendo en la emanación de decisiones públicas, o bien indirecto designando a los titulares del Parlamento (o incluso, a veces del Ejecutivo) mediante elecciones periódicas por sufragio universal. Sin esa garantía jurídica no hay Estado democrático, y por ello no cabe separar el Estado democrático del Estado de Derecho. Incluso podría decirse, en cuanto que las decisiones del Estado han de adoptarse conforme a Derecho, que lo que caracteriza al Estado democrático, como sostenía Kelsen, es que el Derecho emana de abajo a arriba, a diferencia del Estado autocrático, donde el Derecho emana de arriba abajo.

Estas consideraciones preliminares han de concretarse a la vista de nuestra Constitución, que en su art. 1.1 califica al Estado como democrático y en su art. 1.2 residencia la soberanía nacional en el pueblo, del que emanan los poderes del Estado. Ello obliga a diferenciar lo que significa el Estado democrático, en el plano de la organización y funciones de los poderes constituidos, de un lado (art. 1.1. CE), y en el plano del poder constituyente, de otro. En el primero, el principio democrático se despliega mediante la garantía de los derechos fundamentales, que limitan al propio legislador (art. 53.1. CE), de la participación ciudadana en la acción política (art. 23 CE), bien de modo indirecto, a través de la elección popular de los representantes (parlamentarios, arts. 68.1, 69.2 y 152.1 CE, y miembros de las corporaciones municipales, art. 140 CE), o bien de modo directo, aunque de manera complementaria y excepcional (pues la regla general de nuestro Estado democrático es la democracia representativa), a través de la iniciativa legislativa popular (art. 87.3 CE) o del referéndum (arts. 92.1, 151.1 y 2.3.º, 167.3 y 168.3 CE).

Descritas así las formas en que el principio democrático se despliega en los poderes constituidos, es preciso examinar el alcance que, en ese ámbito, adquiere. De un lado, es clara su significación procedimental: mediante el sufragio y la regla de la mayoría a la hora de adoptar decisiones. De otro lado, ha de señalarse que no agota su alcance en ese significado procedimental, donde rige el pluralismo político, sino que adquiere también una vertiente material, pues en el plano del poder constituido existen límites al pluralismo político, de manera que el principio de mayoría no permite la adopción de decisiones con cualquier contenido, y ello ocurre en cuanto que la Constitución impone a los poderes públicos el respeto, en todo caso, a determinadas reglas, principios y valores (relativas a los derechos fundamentales, las garantías institucionales, o incluso los bienes y valores que ha considerado dignos de protección). En resumidas cuentas, en el ámbito de los poderes constituidos, el Estado democrático no queda por completo en manos de la representación ciudadana o el legislador.

Distinto es el alcance del principio democrático en el plano constituyente. No se trata solo de una relación genética (tenemos

un Estado democrático porque, entre otras cosas, está regulado por una Constitución que ha emanado democráticamente), porque esa relación es meramente descriptiva y no prescriptiva (no cabe excluir, en teoría, que una Constitución no emanada democráticamente regule un Estado democrático), sino también, y principalmente, del modo de proyectarse el principio en aquel plano, esto es, de la capacidad del principio democrático para disponer de la propia Constitución. Ese problema solo cabe tratarlo, pues, en la actuación del principio democrático en la reforma constitucional. Como se sabe, hay Constituciones (las de Italia, Francia o Alemania, por ejemplo) que imponen límites materiales a su reforma, de manera que allí hay prescripciones constitucionales que se sobreponen a la democracia puramente procedimental a la hora de modificar la Constitución. También puede, y suele, defenderse la existencia de límites materiales implícitos para evitar que los principios y valores democráticos, u otras decisiones constitucionales como, por ejemplo, la unidad territorial de la nación o la estructura federal del Estado, puedan abolirse por procedimientos democráticos.

En nuestro caso, la propia Constitución ha excluido tales límites materiales expresos a la hora de su reforma, permitiendo la «revisión total» del texto constitucional (art. 168 CE). Parecería, entonces, que en el plano del poder constituyente, más exactamente, del poder de disposición sobre la Constitución misma, el principio democrático adquiere un alcance puramente procedimental, sin límites al pluralismo político, a diferencia de lo que sucede en el plano de los poderes constituidos. Y esa es la doctrina que se deriva de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que, reiteradamente, ha sostenido que la nuestra no es una «democracia militante», pues todos los objetivos políticos pueden conseguirse mediante el procedimiento de reforma de la Constitución.

Aparte de la crítica que a dicha doctrina cabe hacer en cuanto que introduce en el concepto de «democracia militante» un ingrediente que no se corresponde con esa figura (alemana), como es el relativo a la unidad territorial de la nación (o del Estado), lo cierto es que el problema derivado de la ausencia de límites materiales expresos en las cláusulas de reforma de nuestra Constitución no es fácilmente resoluble desde el punto de vista de la dogmática jurídica, pues cabe encontrar en el texto constitucional determinadas expresiones (contenidas en sus arts. 2 y 10.1, por ejemplo) que podrían conducir a distinguir entre la revisión total de la Constitución (permitida) y su propia destrucción (excluida). Por otro lado, hay razones teórico-dogmáticas, no apoyadas en la letra del texto constitucional, que avalarían la imposibilidad de introducir, mediante una reforma constitucional, un principio que supusiera la desaparición del mismo concepto en que la Constitución se asienta, por ejemplo, el de la unidad de la soberanía, y que excluirían, en mi opinión, que a través de su reforma la Constitución pudiera reconocer a una parte del pueblo español el derecho de autodeterminación, pues si así sucediese no se habría aprobado una nueva Constitución, sino una «no Constitución».

No puede eludirse otra característica de nuestro Estado democrático: la derivada de que nuestra democracia se articule a través de los partidos políticos, que «expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política» (art. 6 CE). Es obvio que no hay Estado democrático si no se garantiza la libre existencia de los partidos, esto es, si no hay de-

mocracia pluralista. Es claro que sin los partidos difícilmente podría articularse la representación, ni la organización del Parlamento, ni la relación que entre las Cámaras y el Gobierno ha de darse en el régimen parlamentario. Pero también es cierto que la democracia de partidos no debe ahogar completamente a la democracia de ciudadanos, y que el Estado «con» partidos no debe convertirse en el Estado «de» los partidos, esto es, en aquel donde la dinámica de los partidos suplante de manera plena la dinámica de las instituciones públicas, y menos aún de aquellas instituciones (las jurisdiccionales o las «reguladoras») en cuya composición y funcionamiento deben prevalecer el mérito y capacidad personal y la objetividad de sus resoluciones, al margen de la adscripción política de sus miembros.

Esta última reflexión conduce a otra: el Estado democrático no solo ha de estar garantizado por el Derecho (ya se dijo que no pueden separarse Estado democrático y Estado de Derecho), sino también por unas reglas políticas comúnmente aceptadas y seguidas, entre ellas la ejemplaridad de los líderes políticos y las instituciones. De ese Estado (que es el nuestro) puede decirse lo mismo que de la democracia: que su legitimidad proviene de abajo arriba, pero que su eficacia (lo que significa su mantenimiento) ha de provenir de arriba abajo.

BIBLIOGRAFÍA

Aragón Reyes, M.: «La eficacia jurídica del principio democrático», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 24 (1988).
— *Constitución, democracia y control*. México: UNAM, 2002.
— «Forma de Estado y forma de gobierno en la Constitución Española (comentario al art. 1 CE)», en *Estudios de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2013.
Biglino Campos, P.: *Retos a la libertad y Estado constitucional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.
Bilbao, J. M.ª; Rey, F.; Vidal, J. M.: *Lecciones de Derecho Constitucional*, Tomo I (Lección 18: «El Estado democrático en la Constitución Española»). Valladolid: Lex Nova, 2010.
Garrorena Morales, Á.: *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*. Murcia: Universidad de Murcia, 1980.
— «Estado democrático», en *Temas básicos de Derecho Constitucional*, Tomo I (Aragón Reyes, M., coord.) Madrid: Civitas, 2001.
Rubio Llorente, F.: «División de poderes y democracia en la Constitución», en *La forma del poder*, II. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.

Manuel Aragón Reyes
Académico de Número de la
Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España
Catedrático Emérito de Derecho Constitucional
Magistrado Emérito del Tribunal Constitucional

VER TAMBIÉN: CONSTITUCIÓN / DEMOCRACIA / ESTADO CONSTITUCIONAL / ESTADO DE PARTIDOS / PODER CONSTITUYENTE / REFORMA CONSTITUCIONAL / REPRESENTACIÓN POLÍTICA / PARTIDOS POLÍTICOS

ESTADO FEDERAL Y FEDERALISMO

En sentido etimológico se entiende genéricamente por federalismo (del latín *foedus*) una forma de asociación pública fundada en pactos, tratados u otras formas de acuerdos entre sujetos políticos independientes y para fines determinados. A lo largo de la Historia, y aún hoy, este tipo de asociaciones han sido también denominadas alianzas, ligas, uniones, confederaciones o federaciones. Su origen es antiguo y puede remontarse a la Grecia clásica (pactos entre ciudades para ayuda mutua militar o comercial) y a la Roma republicana (pactos del mismo carácter con sus territorios fronterizos).

En el mundo medieval y a comienzos de la Edad moderna también son muy comunes estas formas organizativas (Sacro Imperio Romano Germánico, Liga Lombarda, Liga Hanseática, Confederación helvética, Monarquía Hispánica, como ejemplos) que comienzan a decaer con el nacimiento de los Estados absolutos entre los siglos XVI y XVIII (Francia, Inglaterra, España, Rusia) y, más tarde, con las revoluciones que dan lugar a los primeros Estados liberales, en propiedad los primeros Estados.

Es entonces cuando se configuran las tres formas modernas de organización territorial: Confederación, Estado federal y Estado centralizado. La primera empieza con los *Articles of Confederation* (1776-1787), el segundo con la Constitución de 1787, ambas de Estados Unidos, y el tercero con la Revolución francesa que tuvo su inicio con la Declaración de Derechos de 1789. Vamos a ocuparnos de las dos primeras.

La Confederación no es un Estado sino una organización de naturaleza internacional que vincula Estados soberanos e independientes y cuyos rasgos básicos son los siguientes:

A) Su fundamento jurídico es un *tratado* internacional, es decir, un acuerdo cuyos sujetos contratantes son Estados que, tras dar su consentimiento, conservan su soberanía y, en virtud de la misma, pueden separarse de la Confederación mediante la denuncia del tratado.
B) Las *instituciones* confederales, creadas en el tratado, se caracterizan por dos peculiaridades: primera, su órgano superior es una asamblea compuesta por representantes de los Estados miembros, los cuales están sujetos al mandato imperativo de sus gobiernos respectivos, a quien representa y les ha nombrado, a la manera de embajadores; segunda, las leyes y actos ejecutivos de la Confederación obligan directamente a los Estados que son quienes garantizan su cumplimiento dado que la relación jurídica se establece entre Confederación y Estados, no entre Confederación y ciudadanos.
C) Las *competencias* que los Estados ceden a la Confederación, y que constituyen los poderes de la misma, constan en el tratado, aunque en el bien entendido que se cede solo su ejercicio, no su titularidad, ya que los Estados siguen siendo soberanos.
D) La *Hacienda* de la Confederación está constituida por las aportaciones de los Estados y, en consecuencia, no recauda directamente tributos a los ciudadanos.

Las confederaciones suelen ser organizaciones frágiles y poco estables. Con el

tiempo, pueden conducir a un Estado federal, o bien desintegrarse o, aún manteniéndose activas, ejercer poderes muy débiles y residuales. Las organizaciones internacionales, que tanto auge han tenido tras la Primera Guerra Mundial, suelen tener rasgos confederales.

De naturaleza muy diferente es el Estado federal. En primer lugar, se trata de una forma de Estado y, por tanto, sus órganos no pertenecen a la esfera del Derecho Internacional sino del Derecho interno. En él coexisten dos esferas de poder –la Federación y los Estados miembros– cada una de ellas con diferentes competencias. Por ello se le llama a veces «Estado compuesto». La Federación también se suele denominar «Estado central» o «Instituciones centrales del Estado» y los Estados miembros adoptan nombres tales como cantones, países *(länder),* provincias, comunidades autónomas o regiones. El conjunto de estas dos esferas constituye el Estado federal, caracterizado por los siguientes elementos estructurales.

A) Su fundamento jurídico no es un tratado, como en las confederaciones, sino una *Constitución federal*, es decir, una norma suprema producto del acuerdo entre ciudadanos soberanos, libres e iguales. En virtud de este origen la Constitución determina la *igualdad básica* de los derechos de los individuos y para garantizarlos establece los principios de las instituciones de la Federación y el modo de distribuir competencias entre la misma y los Estados miembros.
B) Cada uno de los Estados miembros se dota también de una *Constitución propia*, jerárquicamente subordinada a la Constitución federal, que establece un conjunto de órganos legislativos, ejecutivos y judiciales, similares a los de la Federación, y de los cuales emana un ordenamiento propio.
C) Entre la esfera de la Federación y la de los Estados *no existe relación de jerarquía* ya que ambos tienen poderes autónomos. Ello implica también que entre estos poderes no pueden existir controles políticos, cuyo fundamento es el principio de jerarquía, *sino solo controles jurisdiccionales* para garantizar, de acuerdo con el Derecho que emana de la Constitución federal, los respectivos ámbitos de autonomía.
D) Las *competencias* son las funciones (legislativas, ejecutivas o judiciales) sobre una materia y están repartidas entre la Federación y los Estados miembros. Los principios y reglas que distribuyen competencias figuran en el texto de la Constitución federal.
E) La Federación y los Estados miembros, aunque ejerzan sus competencias de forma autónoma, *colaboran* entre sí con el fin de contribuir a realizar, con eficiencia y eficacia, los objetivos comunes establecidos en la Constitución federal. En el plano legislativo, la colaboración suele realizarse a través de una Cámara alta o *Senado*, representativa de los Estados miembros, que ejerce funciones colegislativas o de otro tipo junto a la Cámara baja, representativa de los ciudadanos. Este Senado tiene la función de integrar la voluntad de los Estados miembros en la voluntad del Estado federal. En el plano ejecutivo, las Administraciones Públicas de los Estados también se *coordinan y cooperan* entre sí y con la Administración federal a los efectos de una mayor eficacia general de todas las Administraciones.
F) Los órganos de la Federación y los de los Estados miembros recaudan tributos de los ciudadanos para hacer frente a los gastos que comporta el

ejercicio de sus competencias respectivas. Por tanto, en los Estados federales existen dos grandes tipos de haciendas: la federal y la de cada uno de los Estados.

En definitiva, un modelo federal está articulado en torno a dos principios básicos: una estructura descentralizada de los distintos poderes y la integración de los mismos en el Estado federal. La lealtad mutua en el cumplimiento de la Constitución federal, así como la colaboración entre las distintas esferas de poder, son elementos básicos para el buen funcionamiento de esta forma territorial de Estado. Este segundo aspecto ha cobrado creciente importancia con el enorme crecimiento del ámbito público debido al desarrollo del Estado social en el que la coordinación y cooperación entre los organismos que prestan servicios públicos son imprescindibles para su buen funcionamiento.

Debido a ello, entre el Estado federal del siglo XIX y el actual del siglo XXI hay enormes diferencias, y toda comparación entre ambos debe partir del hecho indudable de que la función de los poderes públicos respecto de la sociedad ha cambiado profundamente al ocupar esferas que antes se situaban en el ámbito privado.

En este sentido, España es un país que cumple bien el primer principio (descentralización) pero es deficiente en el segundo (integración). Estructuralmente puede considerarse como un Estado federal por su alto grado de descentralización, pero funcionalmente carece de los necesarios elementos de integración: participación de las Comunidades Autónomas en el Estado (es decir, en la Federación) a través de una Cámara representativa; insuficiencia de los mecanismos de coordinación y cooperación; y es obvia la deslealtad de los gobiernos de determinadas Comunidades Autónomas a la Constitución y la falta de solidaridad con el Estado y con las demás Comunidades. De ahí ciertas evidentes tensiones políticas y los fallos de funcionamiento que explican en los últimos años algunos intentos de reforma de signo diverso que hasta ahora han resultado fallidos.

La Unión Europea, por su parte, se sitúa en una posición intermedia: tiene rasgos confederales (por ejemplo, la soberanía reside en los Estados miembros, no en los ciudadanos) y también federales (sus normas jurídicas pueden ser de aplicación directa y, en todo caso, desplazan por transposición a las leyes de los Estados). Se trata, por tanto, de un modelo mixto, generalmente llamado de integración, inédito hasta ahora, que parece evolucionar lentamente hacia un Estado federal, aunque sería arriesgado especular sobre cuál será su destino final.

BIBLIOGRAFÍA

Aja, E.: *Estado autonómico y reforma federal*. Madrid: Alianza, 2014.

Biglino, P.: *Federalismo de integración y de devolución*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

Blanco Valdés, R.: *Los rostros del federalismo*. Madrid: Alianza, 2012.

Cruz Villalón, P.: *La curiosidad del jurista persa y otros estudios sobre la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999.

RUBIO LLORENTE, F.; ÁLVAREZ JUNCO, J., eds.: *El informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional (Texto del informe y debates académicos)*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.

TAJADURA, J.; DE MIGUEL, J.: *Federalismo del siglo XXI*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.

Francesc de CARRERAS SERRA
Académico de Número de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas
Catedrático de Derecho Constitucional

VER TAMBIÉN: ADMINISTRACIONES PÚBLICAS / AUTODETERMINACIÓN / COMUNIDADES AUTÓNOMAS / CONSTITUCIONALISMO MULTINIVEL / DIVISIÓN DE PODERES / ESTADO AUTONÓMICO / NACIÓN Y NACIONALISMO / NACIONALIDADES / **PANDEMIA: PERSPECTIVA JURÍDICA** / SECESIÓN Y DERECHO A DECIDIR / SENADO / TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

ESTADO GARANTE

La noción de Estado garante aparece recientemente. Se forma y se explica en los recientes reajustes y recomposiciones de la relación entre Estado y sociedad que, a principios del siglo XXI, muestra ya claramente un trasvase de funciones y bienes de interés público del Estado a la sociedad, al sector privado. Se incumplieron las profecías, proclamadas en el siglo XX por las mejores cabezas, que vaticinaban un dominio total del Estado sobre la economía, la ciencia, los servicios, las tecnologías, el conocimiento. Todos estos sectores están hoy predominantemente en manos privadas.

Los grandes servicios de interés general (energía, telecomunicaciones, transportes, abastecimientos varios, etc.) hasta tiempos recientes bajo titularidad pública, se han liberalizado, se han entregado al mercado y son prestados en régimen de competencia entre los operadores. El conocimiento científico y técnico, antaño bajo el dominio del Estado, está hoy, predominantemente y exceptuando la tecnología armamentista, en el sector privado. El augurio de Max Weber que atribuía a la burocracia estatal el saber especializado, científico y técnico, se ha visto así también clamorosamente incumplido.

La idea de Estado garante surge entonces ante la pérdida de esas posiciones de titularidad y dominio que ha venido ostentado el Estado hasta tiempos recientes. Desde ellas realizaba políticas públicas y atendía los intereses generales. Pero ahora, ante el dominio y protagonismo gestor del sector privado, el Estado se resitúa en otra posición desde la que no aspira a prestar directamente los servicios, sino a garantizar que, estando estos en manos privadas, se atiendan los intereses generales y se cumplan los objetivos marcados por la Constitución y las leyes, respetando también por supuesto los derechos y valores fundamentales en ellas reconocidos.

El Estado garante es así expresión de un nuevo garantismo por el Derecho público que inicialmente se concibió, sobre todo el Derecho Administrativo, como un medio de defensa y garantía de los derechos individuales frente a un poder estatal en claro proceso de fortalecimiento y ampliación que fundamentaba sus poderes en la atención de los intereses generales. Ahora, con el Estado garante, de lo que se trata es de garantizar los intereses cuando las plataformas de poder se encuentran en la órbita de organizaciones privadas. También se pretende por supuesto la protección de las personas, de los individuos. Una protección que ya no es solo frente al poder público, sino ante poderes privados que dominan y gestionan servicios y bienes que resultan básicos para las actuales condiciones de vida.

La primera elaboración conceptual y terminológica del Estado garante, a principios del presente siglo, se debe a la doctrina iuspublicista y a la jurisprudencia alemanas, aunque en otros países y culturas jurídicas occidentales se desarrollan, como veremos, orientaciones y concepciones en la misma línea, como reacción a los privatizadores que se registran desde los años noventa. La terminología alemana del Estado garante, *Gewährleistungstaat*, es bien significativa, pues su traducción literal es el *Estado que garantiza las prestaciones*.

Y es que el Estado garante se presenta como alternativa al *Leistungstaat* o Estado prestacional, que ha sido bien conocido entre nosotros. El Estado prestacional se caracteriza justamente por el protagonismo prestador, gestor, dominador del Estado. Ahora, cuando ha perdido –o se ha desprendido de– muy buena parte de ese potencial prestador, el Estado no pretende ofrecer directamente esas prestaciones, sino garantizarlas cuando provienen del sector privado.

El Estado garante tiene así una vocación marcadamente *instrumental,* no es un fin ni un elemento de identidad de un modelo de Estado constitucionalmente reconocido. Si se reformase la Constitución, o se aprobara una nueva, parece seguro que no contendría precepto alguno en el que se afirmara que España es un Estado garante, de la misma manera que no se afirma ahora que sea un Estado prestacional a pesar de ser este un concepto muy en boga cuando se aprobó la Constitución en 1978. Y es que Estado garante y Estado prestacional son concepciones instrumentales, medios de realización del programa característico del Estado por el que se opta en la Constitución como es el modelo de Estado social (art. 1.1 CE). En muy buena medida, el Estado social se ha realizado mediante prestaciones desde el Estado, llamado así Estado prestacional. Pero ese Estado prestacional se encuentra en crisis por las razones apuntadas de pérdida de las posiciones, ahora en la órbita privada, desde las que realizaba esa actividad de prestación y por sus costes económicos difícilmente sostenibles. Por eso el Estado garante se presenta ahora como modelo instrumental alternativo al Estado prestacional para la realización del programa del Estado social y la consecución de sus objetivos, básicamente mediante el mantenimiento y garantía de las prestaciones que procederán ahora mayoritariamente del sector privado y no de un Estado prestacional en buena medida desmantelado.

Las realizaciones y expresiones del Estado garante son ya bien perceptibles. Pueden destacarse algunas: A) La actividad de regulación de la actuación de los operadores privados que, en régimen de competencia, ofrecen servicios económicos de interés general. Actividad de regulación que se proyecta sobre otro frente como la regulación de riesgos. De ahí que irrumpa también la noción de Estado regulador, que es una manifestación del Estado garante (y que se examina en otra voz de esta Enciclopedia). B) La extensión del Derecho público a sujetos privados que ejercen funciones de interés público. Se advierten al respecto dos modalidades: una, más presente en Europa, es la atribución de un estatuto de Derecho público a esos sujetos; otra, más activa en Estados Unidos y la órbita anglosajona, es la aplicación de exigencias públicas, particularmente la *accountability* o rendición de cuentas, a determinadas actuaciones de sujetos privados. C) La imposición de obligaciones de atención a los intereses generales (llamadas en ciertos sectores obligaciones de servicio público) a entidades privadas que realizan actividades en sectores estratégicos; una manifestación reciente es el llamado «bono social» que se hace recaer sobre las empresas prestadoras.

BIBLIOGRAFÍA

Canals Ametller, D.: «Principios, reglas y garantías propias del Derecho público en la prestación privada de servicios económicos de interés general», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, 158 (2013).

Darnaculleta i Gardella, M., *et al.*, eds.: *Nuevos retos del Estado garante en el sector energético*. Madrid: Marcial Pons, 2020.

Esteve Pardo, J.: *La nueva relación entre Estado y sociedad: aproximación al trasfondo de la crisis*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

— *Estado garante. Idea y realidad*. Madrid: INAP, 2015.

— «La Administración garante. Una aproximación», en *Revista de Administración Pública*, 197 (2015).

Parejo Alfonso, L.: *Estado y Derecho en proceso de cambios: las nuevas funciones de regulación y garantía del Estado social de soberanía limitada*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.

Rodríguez Font, M.: «Protección y garantías de los usuarios desde las técnicas e instituciones de la regulación», en *Fundamentos e instituciones de la regulación*. Madrid: Iustel, 2009.

José Esteve Pardo
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Barcelona

VER TAMBIÉN: ADMINISTRACIONES PÚBLICAS / BUENA ADMINISTRACIÓN / CONTRATOS PÚBLICOS / DERECHO ADMINISTRATIVO / ESTADO ASEGURADOR / ESTADO REGULADOR / ESTADO SOCIAL / INTERÉS GENERAL / PRINCIPIOS Y VALORES CONSTITUCIONALES / REGLAMENTO ADMINISTRATIVO / SANCIONES ADMINISTRATIVAS / SECTOR PÚBLICO / SERVICIO PÚBLICO

ESTADO NEUTRAL

«Estado neutral» es un término polivalente. En el Derecho Internacional Público se identifica con un Estado dotado de un estatuto de neutralidad, especialmente en un conflicto bélico. Pero desde la perspectiva del Derecho Constitucional y Administrativo, la idea de un poder neutro en el seno del Estado conecta, en la Europa continental, con una tradición que puede remontarse al jurista suizo Benjamín Constant, con su intento –durante la primera Restauración francesa– de construir un poder regio, separado del poder ministerial. A ese poder corresponderían importantes funciones constitucionales, pero en todo caso estaría alejado de la función ejecutiva y de dirección política, que correspondería a los ministros. No es casual que sea por esa época cuando el Consejo de Estado francés siente la doctrina de los actos políticos del Gobierno, en su famoso *arrêt* Lafitte de 1 de mayo de 1822.

En la Alemania de la República de Weimar, Carl Schmitt construyó su propia teoría del poder neutral, adaptado a la figura del presidente de la República, en su *Teoría de la Constitución* (1928) y especialmente en su libro sobre el *Defensor de la Constitución* (1933) (este último sin duda fue el que influyó más decisivamente en los autores alemanes que en los años cincuenta teorizaron sobre las Administraciones independientes, con especial referencia al Banco Federal). La peculiaridad de las construcciones schmittianas, frente al *pouvoir neutre* de Constant, reside en que en ellas el presidente de la República se presenta como un poder con legitimidad propia, que unifica e incorpora toda la tradición de la organización administrativa prusiana. Aquí es donde Schmitt desarrolla ampliamente la idea de la «neutralidad de los expertos», contrapuesta a lo que él considera el débil Estado de las coaliciones parlamentarias.

Es interesante observar cómo esa misma idea de la «neutralidad de los expertos» surge a finales del siglo XIX y principios del XX en los Estados Unidos, muy vinculada a los orígenes del Derecho Administrativo norteamericano, hasta culminar en el *New Deal,* con la proliferación de Agencias para la ordenación económica de algunos sectores como el transporte, la energía o el sistema financiero, cuya regulación requería esa combinación de profesionalidad, independencia política y legitimación jurídica. También aquí, sin necesidad de que ningún Carl Schmitt construyera una formulación teórico-política al respecto, esas Agencias reguladoras se configuraron como una Administración en cierto modo paralela, sometida directamente a los poderes presidenciales de supervisión.

Ya se puede comprender, por todo lo que llevamos dicho, que el término de «Estado neutral», que hizo fortuna en nuestro país desde la publicación del primer estudio sobre el tema de las Administraciones independientes, no puede identificarse con una pretensión de colocar a todo el Estado en una permanente disposición de *laissez faire*; ni tampoco pretende subrayar el necesario carácter no partidista de la Administración Pública, que ya se caracteriza constitucionalmente por un principio de objetividad en la consecución del interés general. Se trata más bien de acotar aquella parte de la Administración que, por decisión del legislador,

tiene atribuido un especial estatuto jurídico de independencia funcional y organizativa. Su actuación se proyecta sobre materias de carácter esencial o estratégico, sobre las que se genera un consenso entre las fuerzas políticas en cuanto a su ordenación.

Estas materias se consideran políticamente neutralizadas, y quedan por ello fuera de la contienda política. Aunque, ciertamente, lo que el legislador no puede suprimir es la función constitucional de dirección política del Gobierno. En el marco de esas orientaciones políticas generales –nunca instrucciones singulares– la actuación de las Administraciones independientes debe discurrir a través de actos de aplicación de la ley. Esta distinción permite resolver el problema constitucional de la compatibilidad de estas entidades con un sistema de gobierno parlamentario, en el que el Ejecutivo responde políticamente ante el Parlamento.

De ahí también que el concepto de «independencia» tenga en estos casos un alcance relativo, que no puede identificarse con la independencia judicial: se trata más bien de una autonomía especial o reforzada, de la exención frente a controles jerárquicos por parte de la Administración tradicional, en línea con lo que la doctrina alemana llama la consecución de un ámbito libre del control ministerial.

Sobre estas bases conceptuales y de acuerdo con las propias tradiciones jurídicas, en Europa tuvo lugar, a partir de la segunda mitad del pasado siglo, una progresiva instauración de esta figura. En un primer momento, se configuran como independientes determinados organismos públicos de supervisión en ámbitos en los que existe una demanda por parte de la opinión pública –Banco Federal Alemán, Comisión de Informática y Libertades en Francia, Consejo de Seguridad Nuclear en España–; posteriormente, con la oleada de servicios públicos liberalizados de los años ochenta, surge una segunda generación de organismos reguladores independientes que controlan el buen funcionamiento de esos sectores liberalizados. En estos casos se trata de una «regulación para la competencia», algo que debe diferenciarse de la actividad de supervisión. Esta segunda vertiente exige reforzar otro aspecto de la independencia, esta vez frente a las empresas del sector: hay que evitar el conocido fenómeno de la «captura» del regulador, que la experiencia dice se produce si no se adoptan determinadas cautelas (incompatibilidades *ex ante* y *ex post,* amplia motivación técnica de sus actos, etc.).

Desde la perspectiva de la «razón práctica», los autores de Ciencia y Sociología política han identificado algunos motivos por los cuales durante los años 80 y 90 tuvo lugar, en todos los países europeos, esa proliferación de organismos reguladores, que sigue ya de cerca el modelo norteamericano. En este sentido se han subrayado varios factores:

1. Los políticos encararon cada vez más, durante esa época, opciones que consideraban necesarias pero que entendieron serían impopulares. Las Agencias reguladoras independientes les permitían trasladar la responsabilidad por las decisiones impopulares (por ejemplo, los servicios públicos liberalizados aumentaban los precios para reflejar el coste real, terminando con las subvenciones cruzadas).
2. La regulación devino mucho más técnica en los 80 y 90. La liberalización de los mercados aumentó los requerimientos técnicos de la regu-

lación. En los nuevos servicios liberalizados, los reguladores tenían que vérselas con problemas complejos que implicaban altos niveles de profesionalidad científica *(expertise)*: materias incomprensibles para no especialistas.

3. Las Agencias ofrecían a los Gobiernos y Parlamentos medios para proponer compromisos creíbles ante los inversores que acudían a las ofertas públicas de venta de acciones de empresas liberalizadas. Esa credibilidad era más necesaria en los países con un largo historial de decisiones impredecibles y objetivos a corto plazo. Quienes invertían su dinero necesitaban tener la seguridad de que las reglas de juego no se cambiarían a mitad de partido.
4. El incremento de regulación por organismos internacionales o supranacionales dio nuevo ímpetu a las Agencias. Las decisiones de la UE tenían que ser transparentes e implementadas por los Estados miembros. Estas decisiones podían ser en ocasiones controvertidas, difíciles de ejecutar, impopulares por sus altos costes. Las Agencias independientes garantizaban –una vez más– descargar la controversia.
5. Esa dimensión comunitaria del tema y la propia globalización de la economía dio lugar a un cierto isomorfismo institucional. La influencia de la UE, al reunir a los reguladores nacionales y promover una fertilización cruzada de ideas, ayudando a difundir el modelo de regulador independiente, ha provocado un «efecto bola de nieve», en virtud del cual los modelos que tienen éxito en un Estado miembro se propagan a los demás. La creación del Grupo de Reguladores europeos de la Electricidad y el Gas, o del Comité de Supervisores Bancarios Europeos y sobre los Supervisores de Seguros, facilitan la coordinación y cooperación de los reguladores nacionales para la aplicación de la normativa europea.

Es arriesgado emitir un juicio de validez general acerca de si las Agencias independientes han respondido, en la práctica, a este modelo de independencia. Ya sabemos que una vez establecidas las grandes líneas de dirección política, el papel de los organismos reguladores se inserta en el ámbito de la supervisión o regulación, la aplicación de normas, el desarrollo de las mismas, y la adopción de una variada gama de medidas, muchas de ellas de carácter informal *(soft law),* pero siempre motivadas y fundamentadas en la racionalidad técnica o económica.

La cuestión es si dentro de este ámbito que les es propio se ha respetado o no –por parte del poder político y por parte de los regulados– esa autonomía especial que les reconocen las leyes. La experiencia demuestra que, más allá de las garantías de independencia que establezcan las normas jurídicas, la independencia real depende de una gran variedad de factores: la tradición y la cultura política de cada país, la formación de la opinión pública, la propia personalidad y autoridad de quienes en cada momento desempeñan la dirección de estos organismos. No puede pretenderse, por otra parte, que un modelo que ha tardado casi un siglo en desarrollarse se implante de la noche a la mañana en un país concreto, donde puede resultar una pieza extraña. Su consolidación puede resultar en ocasiones un camino largo, con avances y retrocesos, hasta llegar a su asentamiento definitivo. Tal cosa no debe sorprender: forma parte de lo que un clásico del Derecho Constitucional llamó «la lógica de las instituciones».

BIBLIOGRAFÍA

AVEZUELA CARCEL, J.: *Supervisión presidencial y potestad normativa de las Agencias reguladoras en Estados Unidos*. Madrid: Thomson Reuters, 2011.

COLLIARD, A.; TIMSIT, G.: *Les autorités administratives indépendantes*. Paris: Presses Universitaires de France, 1988.

MAGIDE HERRERO, M.: *Límites constitucionales de las Administraciones independientes*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2000.

SALA ARQUER, J. M.: «El Estado neutral: Contribución al estudio de las Administraciones independientes», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, 42 (1984).

— «La posición jurídica del Banco Federal alemán», en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 18 (1985).

José Manuel SALA ARQUER
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad Rey Juan Carlos

VER TAMBIÉN: ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO / BUENA ADMINISTRACIÓN / ESTADO GARANTE / ESTADO REGULADOR / GOBERNANZA / ORGANISMOS REGULADORES / POLÍTICAS PÚBLICAS / SECTOR PÚBLICO/ TRANSPARENCIA

ESTADO REGULADOR

Con la noción de Estado regulador se destaca un rasgo y un proceso característico de los Estados occidentales, y es su cambio de posición y cometidos. Hasta tiempos recientes dominaba la idea del Estado prestacional, con un destacado y principal protagonismo gestor en la atención de las necesidades públicas y la procura de los servicios públicos. La afirmación constitucional del Estado social y el correlativo reconocimiento de los derechos sociales impulsaron el modelo instrumental del Estado prestacional. Pero la recomposición de la relación entre Estado y sociedad, asumiendo el sector privado un mayor protagonismo y agobiado el sector público por los costes de su expansión, han hecho en buena medida inviable el modelo prestacional. El Estado se ha desplazado entonces hacia otra posición desde donde regular la muy potente actividad del sector privado para dirigirla hacia ciertos objetivos de interés general.

El Estado regulador conecta así y se confunde de algún modo con el Estado garante, que no pretende atender directamente las necesidades públicas –ha perdido en muy buena medida las posiciones y medios para ello– sino garantizar que se ofrezcan por el sector privado. En la actualidad puede bien advertirse que lo más propio del Estado regulador, que es la actividad pública de regulación, constituye una expresión e instrumento del Estado garante, que está desarrollando otros medios e instrumentos.

Conviene destacar que Estado regulador, Estado garante, Estado prestacional, son modelos instrumentales, no tienen definición constitucional y no se presentan por tanto como un fin, como son el Estado de Derecho, el Estado social o el Estado democrático. El Estado regulador tiene por tanto carácter *instrumental* como medio de atender, mediante la actividad pública de regulación, los intereses generales en sectores estratégicos que están bajo el dominio gestor del sector privado.

La actividad pública de regulación se entiende comúnmente que se proyecta sobre grandes servicios de interés general, sectores económicos estratégicos, del todo necesarios y básicos para la vida y existencia de las personas y comunidades en el mundo actual. El Estado regulador incidiría entonces sobre sectores y servicios como los transportes, la energía, las telecomunicaciones y servicios postales, mercado de valores, abastecimiento de agua, recogida y tratamiento de residuos.

Pero la actividad pública de regulación se da también en otro frente que ha adquirido una gran importancia como es el de la regulación de riesgos. Sobre todo los riesgos asociados a la tecnología y su extraordinario desarrollo en las últimas décadas, sobre todo en sectores tan relevantes como el alimentario, farmacológico, industrial, seguridad en el trabajo, energía y transportes en su perspectiva de seguridad.

En estos dos frentes concurren elementos muy característicos del panorama que encara el Estado regulador. La regulación de servicios económicos y la regulación de riesgos afrontan, en efecto, una realidad común en la correlación entre público y privado.

En los dos frentes se ha pasado de un protagonismo gestor del sector público a

otro claramente dominado por los particulares: los servicios económicos de interés general se encontraban, hasta tiempos relativamente recientes, bajo la titularidad y gestión propia del régimen de los servicios públicos, al margen del mercado. Con su liberalización se entregaron al mercado y a la gestión por operadores privados en régimen de competencia. La posición de los poderes y la intervención pública migró entonces *desde la titularidad al poder regulador,* para mantener desde él la atención a los intereses generales cuando el protagonismo gestor lo asumió el sector privado.

Con relación a la regulación de riesgos se ha producido un proceso similar. Hasta tiempos recientes el Estado había mantenido el dominio y control sobre el conocimiento científico y técnico. Desde finales del xx, la investigación científica puntera y el desarrollo tecnológico se encuentran en el sector privado (con alguna reserva estatal en la tecnología armamentista) y el poder público se ha desplazado hacia una posición de control y regulación de los riesgos que genera el potente tejido tecnológico de las sociedades posindustriales.

En ambos frentes se manifiesta y actúa con una nueva faz el poder público que se encuadra en lo que se conoce como Estado regulador, que se conecta con otra idea que caracteriza al actual Estado como Estado garante. Un Estado que ha perdido posiciones de titularidad y dominio en relevantes espacios, como son los del conocimiento científico y técnico o el de la prestación de servicios básicos. Retirado el poder público de esas posiciones propias del Estado prestacional, se resitúa en la posición de Estado garante para proteger la atención de los intereses generales en espacios dominados por el mercado y el sector privado.

En esos dos frentes, que integran sectores tan relevantes, se proyecta fundamentalmente la acción del Estado regulador. Una acción, una actividad, que se caracteriza por diversos rasgos que se exponen a continuación:

A) Se trata de una actividad realizada por organismos públicos, ordinariamente por Agencias reguladoras especializadas pero también por órganos de la Administración ordinaria y por particulares que cuenten con la correspondiente habilitación para ejercer estas funciones públicas de regulación.
B) Está sometida por principio al Derecho Administrativo: se trata en rigor de una nueva forma de actividad administrativa, tal como recogen ya las exposiciones más modernas y actualizadas del Derecho Administrativo.
C) Se proyecta sobre sectores relevantes para la satisfacción de necesidades y expectativas básicas de la comunidad –como son los servicios de interés general o la expectativa de seguridad ante los riesgos– en los que el poder público no ostenta las posiciones de titularidad o de dominio desde las que antes atendía los intereses generales.
D) Es una actividad que tiene expresiones con inequívoco contenido jurídico –fijación de normas y reglas con proyección general *(rulemaking)* y determinación de posiciones jurídicas singularizadas *(adjudication)*– que no resultan de la ejecución de la ley, sino de otras referencias mutables que toma en consideración el poder regulador: el conocimiento científico en la regulación de riesgos; referencias económicas y sobre la situación del mercado, en la regulación de servicios económicos de interés general.
E) Es una actividad que integra y tiende a promover e incentivar la autorregu-

lación privada de los sectores económicos y tecnológicos. Hay una autorregulación que se reconoce y acredita por los reguladores públicos y se conoce como «autorregulación regulada».

F) Se trata de una actividad que encuentra su encuadre y cabal comprensión en el marco de la noción o realidad conceptual del llamado Estado garante, del que sería una de sus manifestaciones más características.

BIBLIOGRAFÍA

Darnaculleta i Gardella, M.: *Autorregulación y Derecho público. La autorregulación regulada*. Madrid: Marcial Pons, 2005.

Esteve Pardo, J.: «De la policía administrativa a la regulación de riesgos», en *Revista Española de Derecho Administrativo,* 119 (2003).

— «La recepción en la Europa continental del Derecho de la regulación de la economía», en *Revista de Administración Pública*, 183 (2010).

— *La nueva relación entre Estado y sociedad*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

European Journal of Risk Regulation, Cambridge University Press (revista fundamental en la materia).

Kahn, A.: *The Economics of Regulation. Principles and Institutions*. Cambridge: The MIT Press, 2009.

La Spina, A.; Majone, G.: *Lo Stato regolatore*. Bolonia: Il Mulino, 2000.

Muñoz Machado, S.; Esteve Pardo, J.: *Fundamentos e instituciones de la regulación*. Madrid: Iustel, 2010.

Rojas Calderón, C.: *Regulación de riesgos y Derecho Administrativo*. Santiago de Chile: DER, 2019,

José Esteve Pardo
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Barcelona

VER TAMBIÉN: ACERVO COMUNITARIO / ADMINISTRACIONES INDEPENDIENTES / ADMINISTRACIONES PÚBLICAS / CONTRATOS PÚBLICOS / DERECHO ADMINISTRATIVO / ESTADO DE DERECHO / ESTADO GARANTE / ESTADO NEUTRAL / ESTADO SOCIAL / INTERÉS GENERAL / LEGALIDAD (Principio de) / PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO / REGLAMENTO ADMINISTRATIVO / SANCIONES ADMINISTRATIVAS / SERVICIO PÚBLICO / *SOFT LAW*

ESTADO SOCIAL

Estado social es la expresión jurídico-constitucional del *Welfare State* o Estado de Bienestar, propio de las Ciencias económicas. Discutible en cuanto a su formulación (ya que no cabe pensar en un Estado que *no* sea social), el concepto es ya un valor entendido para varias generaciones de juristas formados a partir de 1945 en la identidad del Estado constitucional con un enfoque «social-demócrata». Al margen, por cierto, de ideologías partidistas, porque el despliegue del *Welfare*, la economía social de mercado, el Estado-providencia o como se le quiera llamar es obra no solo de partidos socialistas, sino también de conservadores, democristianos e incluso de liberales «estatistas».

El punto de partida doctrinal, bien conocido, es la contraposición del Estado liberal y el Estado social respecto de las relaciones entre los poderes públicos y la sociedad civil. Como explica García-Pelayo, en el enfoque liberal el Estado ni quería ni a la larga podía interferir en el orden social, de carácter natural, sino que su función sería crear las «condiciones ambientales mínimas» para garantizar el funcionamiento espontáneo de la *Bürgergesselshaft*. En el peor de los casos, debía intervenir (de forma, añado, transitoria, restringida y asistemática) para eliminar algún bloqueo en el orden social autorregulado. Frente al liberalismo clásico, surge la teoría del Estado de Bienestar (Beveridge, Keynes), con su expresión jurídica a partir de E. Forsthoff o H. Heller, o más adelante, su teoría política, con N. Luhmann. Se defiende ahora la «interacción» entre Estado y sociedad, de manera que aquel se convierte en regulador decisivo del orden social. El Estado pasa de árbitro a protagonista. Ahora se hace responsable de la *Daseinvorsorge* («procura existencial», aunque muy extendida, no es una buena traducción) de los ciudadanos a través de prestaciones derivadas de nuevos derechos públicos subjetivos: a la salud, a la educación, etc. Por el momento, el debate sobre la renta pública universal es el último capítulo de esta batalla ideológica, que a veces no parece consciente de los límites de lo posible.

Lo cierto es que los derechos sociales se incorporaron por todas partes a las Constituciones (la mexicana de Querétaro, 1917, y la alemana de Weimar, 1919, son las pioneras) y en el Derecho Constitucional de la segunda posguerra se convierten en seña de identidad: así, Constitución italiana de 1947; Ley Fundamental de Bonn de 1949; los «treinta gloriosos» en Francia (con menor cobertura constitucional); los gobiernos laboristas en el Reino Unido... Todos ellos con la imagen del *New Deal* y los discursos de Roosevelt como referencia a seguir.

La Constitución Española de 1978 se sitúa con pleno convencimiento en esa línea, aunque para tal fecha la respuesta política (Reagan, Thatcher) y teórica (Hayek y otros muchos) ponía en cuestión el exceso en el gasto público, el crecimiento de la burocracia y la propia ética de la redistribución. Así, el adjetivo *social* aparece en la definición constitucional del Estado (art. 1.1 CE). El art. 9.2 es rigurosamente ortodoxo: exige a los poderes públicos una intervención activa para hacer que «la libertad y la igualdad sean reales y efectivas» y le impone, en expresión que ha hecho fortuna jurisprudencial, «remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud». Todos o casi todos los «principios rectores de la política social y económica» (capítulo 3.º del título I, arts. 39-52) están inspirados de forma inequívoca en este planteamiento. Algunas proclama-

ciones de apariencia retórica incluidas en el título VII sobre «Economía y Hacienda» (así, arts. 128.1 y 2) alimentan el debate sobre el alcance del intervencionismo estatal. En fin, reiteradas sentencias del TC hacen suya la interpretación muy mayoritaria sobre el significado de la cláusula social (SSTC 86/1985, 216/1991 y otras muchas).

Así pues, la teoría del Estado de Bienestar concebido como *contrato social* justifica la legitimidad de la democracia política, a veces en términos apasionados (por todos, Tony Judt), aunque hace tiempo que desde la izquierda se llama la atención sobre la «crisis fiscal» del Estado (J. O'Connor) o se advierte que puede ser víctima del exceso de expectativas que suscita (C. Offe). Por supuesto, la reacción liberal («neoliberal», según sus adversarios) plantea la batalla ideológica sobre ciertas «conquistas» sociales supuestamente garantizadas e irreformables, pero muy difíciles de sostener cuando las cuentas no cuadran. *El día después de la COVID-19 conocerá sin duda nuevos y encarnizados episodios de este debate interminable.*

Hace algún tiempo que la doctrina jurídica española está preocupada por el cambio de circunstancias. Del servicio público y la solidaridad social, al modo de Duguit, pasamos a gozar de las prestaciones propias de una *Leistungverwaltung* y ahora el objetivo es reordenar la posición del Estado (garante, regulador, etc.) para aclarar el problema de un modelo de bienestar sin recursos suficientes. Si nos damos por satisfechos con la doctrina de un «golpe de mano» del Gran Capital, incluso bajo la brillante presentación de Thomas Piketty, no avanzaremos gran cosa en la solución de problemas reales.

En efecto, la interpretación expansiva del Estado social (así, W. Abendroth) está ya muy superada. La definición solo tiene sentido en el marco de la Constitución económica; en nuestro caso, «libertad de empresa en el marco de la economía de mercado» (art. 38 CE) con el necesario intervencionismo de los poderes públicos en los ámbitos y con los límites que fija estrechamente el texto fundamental. Debe hacerse, pues, una «lectura equidistante» (J. Pérez Royo) de unos y otros preceptos. Dicho de otro modo: todos sabemos, cuarenta años largos después, qué quiere la Constitución en esta delicada materia y, por tanto, cuáles son las fronteras intangibles del modelo propio de un sistema democrático y pluralista. *Estas reflexiones son particularmente aplicables a la etapa posterior a la COVID-19: la intensa reafirmación de las potestades públicas en el ámbito económico derivadas de la aplicación del estado de alarma, válidos y posiblemente eficaces como Derecho de excepción, no pueden ser utilizada para reabrir un debate ideológico que carece de sentido en una democracia del siglo XXI.*

El debate sobre la reforma constitucional para «ascender» a los derechos sociales al máximo nivel ha tenido algún eco en épocas recientes. Parece, en rigor, una opción más propia de la retórica política que del buen sentido jurídico. Un defensor inequívoco del *Welfare,* L. Jimena Quesada, dice con razón que el futuro de la sociedad del bienestar en España no depende tanto de una reforma que haga susceptibles de recurso de amparo los derechos sociales cuanto de una asunción de los parámetros internacionales y europeos ya existentes. Recuérdese al respecto la plena vigencia de los Pactos de Naciones Unidas, de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea o de la propia Carta Social Europea, esta última siempre en segundo plano de las preocupaciones doctrinales, a pesar del «proceso de Turín» lanzado por el Consejo de Europa en 2014 para reforzar su efec-

tividad. Ahora bien, la Unión Europea ha sido más bien renuente a situar en primer plano los valores de la solidaridad, tanto en relación con la crisis de la deuda soberana (y el discutido MEDE: Mecanismo Europeo de Estabilidad) *si bien parece haber reaccionado ante la emergencia socioeconómica producto de la pandemia*. En este contexto, que el art. 41 CE (derecho a la salud: obviamente, el ejemplo no es casual) pase a situarse en el primer bloque de derechos fundamentales a efectos del art. 53 CE no aporta nada a la calidad de las prestaciones exigibles a todos los poderes públicos, *más aún en caso de pandemia universal*.

Cabe mencionar, por último, la referencia del art. 131 CE a un Consejo allí innominado, que la Ley 21/1991 establece como Consejo Económico y Social, con sus réplicas en el ámbito autonómico. Las dudas del constituyente sobre la forma de institucionalizar el diálogo social (todavía vinculado por dicho precepto a la planificación) se traducen en un órgano poco y mal definido, que cumple con toda dignidad funciones de consulta y análisis, pero carece de protagonismo a la hora de las negociaciones políticas. Las «mesas» negociadoras entre asociaciones empresariales y sindicatos han producido algunos acuerdos positivos para la economía española, pero hace ya tiempo que el diálogo ofrece resultados más que discretos. Otro más de los problemas que aquejan al Estado social, cuyos partidarios y adversarios deben dejar al margen dogmatismos ideológicos y proponer soluciones eficaces.

BIBLIOGRAFÍA

Abendroth, W. y otros: *El Estado social*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986.

Canosa, R.: «Los derechos sociales en el ordenamiento español. Reflexiones introductorias», en B. Pendás, dir., *España constitucional*, cit., tomo III.

Fernández-Miranda Campoamor, A.: «El Estado social», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 69 (2003).

García-Pelayo, M.: *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid: Alianza, 1989.

Garrorena, A.: *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*. Madrid: Tecnos, 1984.

Jimena Quesada, L.: «Estado social: el futuro de la sociedad del bienestar», en B. Pendás, dir. *España constitucional (1978-2018). Trayectorias y perspectivas*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2018, tomo III.

Lucas Verdú, P.: *Curso de Derecho Político*. Madrid: Tecnos, 1994, vol. IV.

Noguera, A. / Guzmán, A. (dirs.): *Lecciones sobre Estado social y derechos sociales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.

Pérez Royo, J.: «Estado social de Derecho», en *Enciclopedia Jurídica Básica*. Madrid: Civitas, 1995, tomo II.

Terol Becerra, M.: *Del bienestar en la Constitución Española y de su implantación*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

Benigno Pendás
Académico de Número y Vicepresidente de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas
Catedrático de Ciencia Política de la Universidad CEU-San Pablo
Ex Director del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales

ESTADO UNITARIO

El carácter esencialmente ambiguo y un tanto tosco de los conceptos –pueblo, territorio, poder– mediante los que la Teoría del Estado ha intentado construir categorías dogmáticas con el fin de explicar y hacer reconocibles realidades políticas complejas y dispares, ha sido desde siempre fuente de malos entendidos. Por más que las Ciencias sociales hayan recibido con entusiasmo la categoría *weberiana* de los «tipos ideales» utilizándola como descargo para aceptar «lechos de Procusto» en los que las particularidades y vericuetos de cada caso no acaban de tener encaje, quizá es en la relación entre poder político y territorio donde las debilidades de una estrategia semejante se ponen más de manifiesto. En su conocido trabajo sobre los «fragmentos de Estado», ya Jellinek llamó la atención sobre la necesidad de explicar las diferentes configuraciones estatales de manera desprejuiciada y atendiendo de manera natural a cada experiencia concreta, en lugar de usar los conceptos jurídicos como si fueran esencias trascendentales.

Sirva el anterior excurso para resaltar la dificultad que comporta dar una definición del *Estado unitario,* mediante una aproximación por así decir abstracta y desentendida del decurso efectivo, esto es, dinámico y mudable, de los procesos políticos que se desarrollan en el marco de cada realidad estatal. La construcción del Estado moderno se nos presenta, desde luego, como una formidable empresa de unificación de recursos materiales y humanos dirigida contra la dispersión política medieval. Y en ese sentido vale decir que el arquetipo del Estado es el Estado que supera con éxito el desafío de configurarse hacia el exterior como un todo enclaustrado en una sola unidad política de atribución y ejercicio de poder; y al mismo tiempo, en la esfera interna, y bajo idéntico aliento de carácter centrípeto, como un único compacto de instituciones, normas y recursos bajo cuya égida las diferencias personales, sociales y territoriales se disuelven en un vínculo común de pertenencia política. Claro que lo que un empeño semejante tiene de arquetípico y ejemplificador se entiende mejor si lo comparamos con otro modelo clásico de construcción estatal: aquel que se nos aparece como un ingenio planificado para posibilitar la coexistencia de dos (o incluso tres) niveles simultáneos de justificación. Estos son los resultantes de abrirse a la diversidad territorial y jurídica, para edificar a partir de ella un núcleo sobrepuesto de atribución de poder que da lugar a un nuevo conjunto político cuya razón de ser radica precisamente en conjugar la unidad con la diversidad *(ex pluribus unum).*

En este segundo caso, pero también y en no menor grado, en el primero, lo decisivo para captar la esencia de lo que significa que un Estado pueda calificase como unitario o como compuesto es la dinámica política que lo sustenta en su punto de partida, pero sobre todo en su despliegue efectivo. De esta manera, un posible camino para captar la esencia de un Estado al que podemos calificar como unitario es fijarse en aquello que un tipo de Estado semejante repudia. Y en ese sentido la verdadera marca que lo singulariza, nos parece, es la cerrazón frente a una dispersión de voluntades políticas colectivas que vengan posibilitadas no ya por la plura-

lidad organizativa (o institucional), sino por la existencia de bases normativas que permitan a tales voluntades competir en pie de igualdad con la voluntad normativamente formada y expresada por la instancia que las aglutina y las engloba. Para competir en pie de igualdad, las voluntades políticas *singulares o parciales* de base territorial necesitan disponer de una garantía jurídica al máximo nivel que establezca competencias y disponga un sistema de arreglo de los desacuerdos inspirado en la paridad «horizontal» de tales unidades territoriales; esto es, un sistema comprometido con el reparto de atribuciones entre las diferentes configuraciones políticas de base territorial y presidido por la idea de competencia, en lugar de uno basado en la idea de jerarquía, y alumbrado por una lógica unitaria que puede ir variando al vaivén de las necesidades políticas, pero en el que falta aquel componente no dispositivo de apertura a la diversidad que es característico del Estado compuesto.

En su definición «canónica», el Estado unitario se caracteriza por un solo centro de poder ejercido a través de unas instituciones estatales que proyectan sus capacidades normativas y administrativas sobre todos los confines del territorio. A esos efectos, por reducido que sea el número de los destinatarios de la actuación estatal o pequeño el tamaño del territorio al alcance de ella, el Estado unitario necesitará normalmente recurrir a técnicas de gestión (desconcentración, coordinación) que van a contracorriente de la simplicidad con la que, en términos dogmáticos, tiende a identificarse el Estado unitario. Dicho en otros términos, la operatividad del Estado unitario alcanza muy pronto el punto a partir del cual resulta disfuncional en términos de eficacia no ceder espacios de autonomía a ciertas unidades territoriales, sean cuales sean los elementos a partir de los cuales estas comienzan a disponer de existencia jurídica. Y no solo disfuncional medido desde la óptica de la eficiencia, sino también incompatible con exigencias básicas de la democracia, entendida como autogobierno, es decir, como capacidad efectiva de disponer de voz en lo relativo a las cuestiones que pueden incidir de manera más directa e inmediata sobre la organización de la vida colectiva.

Ante la dificultad de concebir Estados unitarios *puros* a pocas que sean las complejidades de la gestión de lo público, el Estado unitario camina de manera inexorable en la dirección de un *Estado compuesto*. Y de ahí lo gráfico que resulta para la comprensión de las categorías del reparto territorial del poder la idea de la línea continua desde el Estado unitario al Estado federal, una línea en la que lo decisivo resulta al cabo establecer el punto a partir del cual la categoría de lo unitario, asediada por los imperativos de la descentralización funcional, se disuelve en formas larvadas de Estado compuesto, a menudo albergando en su seno niveles de apertura hacia la diversidad territorial notoriamente diferenciados. Podría decirse que aquel punto de no retorno se alcanza cuando desde la descentralización puramente *administrativa* se da paso a una descentralización de carácter *político*. Pero a nuestro juicio ese es un criterio que adolece de imprecisión, pues siempre puede objetarse que político es cualquier ámbito de decisión en el que quepa un margen de acción no determinado hasta los últimos extremos, como ocurre, por cierto, siempre que, abandonando la férrea centralización, se avanza en el *continuum*. Por supuesto que, cuando en el Estado unitario se prevén procesos de elección en unidades sub-estatales (departamentos, municipios o *cosi via*), ello supone un

importante hito. Y si bien en la literatura politológica, así como en la jerga jurídica, suele hablarse de elecciones de segundo grado o «administrativas» para diferenciarlas de aquellas de primer nivel en las que se convoca al poder soberano –diferenciación que, por cierto, es decisiva para admitir o proscribir el sufragio de los residentes no nacionales– la degradación de la naturaleza de las elecciones de ámbito local, como si en ellas no hubiera verdadera confrontación de propuestas y líneas de actuación rigurosamente políticas, no deja de ser un contrasentido. En el código genético del Estado unitario no está, pues, la *reductio ad unum* de las visiones y las propuestas políticas mediante la anulación o el desconocimiento de las singularidades locales, sino la taxativa delimitación de lo que está al alcance de ellas. Y la tarea de concretarlo al hilo de las cambiantes circunstancias corresponde a normas de alcance general frente a las cuales las que puedan aprobarse en el seno de las Corporaciones locales se hallan siempre en un plano de subordinación formal que trasluce una visión del mundo de naturaleza *estato-céntrica*.

BIBLIOGRAFÍA

Ferrando Badía, J.: *El Estado unitario, el federal y el Estado regional*. Madrid: Tecnos, 1978.

González Encinar, J. J.: *El Estado unitario federal*. Madrid: Tecnos, 1985.

Suelt Cock, V.: «Un nuevo paradigma del Estado unitario: la asimetría territorial y los esquemas de coordinación», en *Universitas*, 127 (2013).

Jellinek, G.: *Fragmentos de Estado*. Madrid: Civitas, 2016.

Vandelli, L.: «I molti volti dello Stato Unitario», en G. Pavani y L. Estupiñá (coords.), *Plurinacionalismo y Centralismo. Tensiones del Estado unitario en América Latina*. Bogotá: Universidad Libre / Università di Bologna, 2017.

Miguel Revenga Sánchez
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Cádiz

VER TAMBIÉN: ADMINISTRACIÓN LOCAL / ADMINISTRACIONES PÚBLICAS / CONSTITUCIÓN / ESTADO / ESTADO DE LAS AUTONOMÍAS / ESTADO FEDERAL Y FEDERALISMO / INTEGRACIÓN POLÍTICA / PUEBLO / TERRITORIO

EXPROPIACIÓN FORZOSA

Nos encontramos ante una de esas instituciones jurídicas que cuentan con definición a cargo del mismísimo legislador. Según el art. 1 de la LEF de 1954, aún vigente pese a su veteranía (y a estar de por medio dos acontecimientos tan disruptivos como la Constitución de 1978 y la incorporación de España a Europa en 1986), se define como «cualquier forma de privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos, cualquiera que fueran las personas a que pertenezcan, acordada imperativamente, ya implique venta, permuta, censo, arrendamiento, ocupación temporal o mera cesación de su ejercicio». O sea: a) Estamos en una privación. Un despojo, si quiere. Y además «acordada imperativamente»: *forzosa*. Sin perjuicio de las posibilidades impugnatorias que siempre ofrece el Estado de Derecho. b) Su objeto son situaciones jurídicas subjetivas que a su vez tienen por objeto un determinado bien. La referencia a las últimas figuras se refiere, como es evidente, a supuestos en los que lo que se le quita al dueño no es la propiedad, sino solo la facultad de uso (y por tiempo, en principio, limitado). c) Ha de tratarse, en fin, de una medida singular, que aquí se opone a las de alcance general que se explican por la diferencia de lo administrativo frente a lo legislativo, lo que han dado lugar a un debate interminable.

Pero la LEF de 1954 tampoco inauguró nada nuevo, porque todo procede, como siempre, de Roma, aunque en aquellos tiempos la expropiación se veía como una limitación del derecho (inicialmente absoluto, en cuanto quiritario) de propiedad y hoy tendemos a explicar las cosas desde otra óptica: la expropiación es más bien la otra cara de una (única) moneda: sin propiedad privada no podría siquiera concebirse su privación.

La Constitución, por su parte, se refiere también a la expropiación forzosa. Lo hace en el art. 33, incluido en el título I, capítulo II, y precisamente referido a la propiedad privada, un derecho (subjetivo) que, junto con la herencia, «se reconoce», como indica de manera lacónica el apartado 1. Luego está el apartado 2, que invoca «la función social de esos derechos» (esto es, la incorporación de deberes, y no solo de facultades, a los mismos: «la propiedad obliga», según la rotunda expresión alemana) para proclamar que «delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes». Y, en fin, el apartado 3 completa el cuadro en tono de garantía de la propiedad privada o al menos de cautela.

Se reproduce, así pues, el concepto de *privación* de la LEF. Y se añaden otros dos rasgos estructurales de la figura, que la propia LEF también había proclamado. En efecto:

A) La expropiación forzosa es un negocio jurídico esencialmente *causal,* como opuesto a abstracto. Esa causa («justificada») ha de ser de utilidad pública o de interés social. Con lo primero, que es lo más frecuente, se suele aludir a los inmuebles que están llamados a servir de soporte –la materia prima, por así decir– a las infraestructuras del transporte, las «obras públicas» en su sentido más convencional: carreteras, vías de ferrocarril, aeropuertos, puertos y demás. Infraestructuras que pueden ser

gestionadas por la propia Administración o por un tercero: el «beneficiario», por lo común el correspondiente concesionario. Y lo segundo, el interés social, se define por la LEF en el art. 71 por el incumplimiento de la función social. La manifestación más típica se encuentra en la normativa agrícola: se trata de que el propietario pasivo se vea desplazado en favor de otro sujeto (igualmente privado) que, a diferencia del primero, sí se ocupe de labrar la tierra: los terrenos no solo se pueden cultivar, sino que resulta obligado hacerlo. Valen como referencia las fincas rústicas que hayan merecido el dudoso honor de verse calificadas como «manifiestamente mejorables» conforme a la Ley 34/1979, precisamente así llamada. En el bien entendido de que (salvo casos excepcionales) aquí no estamos hablando de privar de la propiedad, porque de lo que se despoja al propietario inactivo o ineficaz es solo de su facultad de uso. Estamos ante un arrendamiento forzoso, con la consecuencia de que la indemnización es menor.

Así pues, se expropia *para algo en concreto*. Con lo que, si luego no se terminan materializando las cosas, al expropiado (o sus causahabientes) le asiste el derecho de recuperar la cosa, el llamado derecho de reversión, aun cuando solo en los términos que se indican en el art. 47 de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana (texto refundido R. D. Lg. 7/2015). Un texto legal que, aunque en teoría dedicado al urbanismo, se dedica (también) a las expropiaciones y de hecho supone la actualización y modernización del la LEF de 1954, hasta el extremo de haber hecho innecesaria su modificación global y expresa.

B) Y, por supuesto, nos encontramos ante algo que no es ni puede ser gratis: *«Mediante la correspondiente indemnización»,* a fijar caso por caso por un órgano administrativo dotado de autonomía, los famosos Jurados, y luego con revisión judicial, aplicando los criterios establecidos en la propia LEF y sobre todo en los arts. 34 a 41 de la Ley del Suelo. Y sabiendo que la indemnización no necesariamente ha de pagarse en metálico. Así lo entendió la STC 227/1988, de 29 de noviembre, al dar por bueno que las antiguas aguas privadas fuesen expropiadas a cambio de una concesión de uso por 75 años.

El pago no tiene por qué ser previo a la privación. La Constitución habla solo de «mediante» y la LEF en el art. 52 regula las llamadas «expropiaciones urgentes», en las que la Administración (o en su caso el beneficiario) puede tomar posesión del bien antes incluso de que el justiprecio haya sido siquiera fijado en vía administrativa.

C) En fin, este art. 33.3 CE habla de *«bienes y derechos»,* que, para definir las situaciones jurídicas subjetivas, es una expresión menos torturada que la del art. 1 de la LEF pero poco feliz, porque lo expropiado son siempre derechos (propiedad plena o no) que a su vez tienen por objeto un bien. La expropiación se ha de hacer, salvo excepciones, libre de cargas: o sea, echando (y pagando) también a los inquilinos, si los hubiera.

Hasta aquí, la glosa de la Constitución, cuyo contenido trae causa del art. 349 del Código Civil: «Nadie podrá privado de su propiedad sino por Autoridad competente y por causa justificada de utilidad pública, previa la correspondiente indemnización».

Ni que decir tiene que, en estos cuarenta años largos de vida constitucional, la ex-

propiación se ha aplicado en muchas ocasiones, como pone de relieve la copiosa jurisprudencia contencioso-administrativa sobre justiprecios. En la mayoría de los casos se trata de fincas rústicas adquiridas para infraestructuras del transporte, como las líneas de AVE, las autovías o (con consecuencias económicas no precisamente brillantes para el sufrido contribuyente) las autopistas de peaje. Con todo, debe tenerse en cuenta que el grueso de los terrenos adquiridos lo han sido en el contexto de la expansión de las ciudades y mediante la técnica urbanística de las cesiones obligatorias y gratuitas a los Ayuntamientos para viales y demás dotaciones.

Que la expropiación forzosa (la canónica: la de inmuebles por razón de utilidad pública y para la implantación de infraestructuras) se haya aplicado de manera sistemática y casi rutinaria no significa que la institución no haya sufrido sacudidas conceptuales, sobre todo como consecuencia del R. D. L. 2/1983, de 2 de febrero, de expropiación, por razones de utilidad pública e interés social, de los Bancos y otras Sociedades que componen el grupo Rumasa, S. A. Una norma «de caso único» –con nombre y apellidos y por tanto sin haber dado audiencia al titular– y una expropiación muy singular, tanto por su objeto –participaciones mercantiles– como por venir acompañada de una intervención inmediata (nocturna, literalmente) de las empresas. El TC acabó dando la razón al autor de la norma (111/1983, de 2 de diciembre) pero solo tras una división interna muy profunda y generando todo tipo de polémicas, que se prolongaron con ocasión de las actuaciones posteriores, cuestiones de inconstitucionalidad inclusive. De hecho, el TEDH dictó en 1993 sentencia declarativa de que España había vulnerado los derechos que para el expropiado se derivan del art. 6 del Convenio, aunque sin reconocerle ningún derecho indemnizatorio.

De hecho, el TC (por ejemplo, 49/2005 y otras posteriores) ha terminado pronunciándose en contra de las expropiaciones legislativas por vulnerar (al no existir recurso directo contra las normas de ese rango) el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del expropiado.

Solo resta citar algunas normas sectoriales que permiten a los poderes públicos, en circunstancias excepcionales, y si se trata de entidades de crédito, bien:

A) Dejar su capital volatilizado o incluso ordenar la llamada «resolución» de la propia entidad: Ley 9/2012, de reestructuración y resolución de entidades de crédito. Las potestades públicas que en esa norma se dispensan (en base a la durísima crisis financiera) son las más intensas que se conocen y serían impensables en cualquier otro campo de actividad.
B) Sustituir (sin compensación alguna) a las personas que desempeñan cargos de administración: arts. 70 a 79 de la Ley 10/2014, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades de crédito.

BIBLIOGRAFÍA

Fernández, T.-R.: «Notas sobre el proceso continuo y silencioso de erosión del Derecho estatal y de las garantías jurídicas de los ciudadanos: el caso de los Jurados autonómicos de expropiación», en *Revista de Administración Pública*, 153 (2000).

García de Enterría, E.: *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*. Madrid: Civitas, 2007 (reed.)

Montilla Martos, J. A.: «Defensa judicial versus ley singular de intervención (comentario a la sentencia del TEDH de 23 de junio de 1993 sobre el caso Rumasa)», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 40 (1994).

Sosa Wagner, F., *et al*.: *Comentarios a la Ley de Expropiación Forzosa*. Pamplona: Aranzadi, 1999.

Villar Palasí, J. L.: «La traslación del *justum pretium* a la esfera de la expropiación forzosa», en *Revista de Administración Pública*, 43 (1964).

Antonio Jiménez-Blanco Carrillo de Albornoz
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad Politécnica de Madrid

VER TAMBIÉN: ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO / ADMINISTRACIÓN LOCAL / ADMINISTRACIONES PÚBLICAS / ARBITRARIEDAD / BIENES PÚBLICOS / CONTRATOS / CONTRATOS PÚBLICOS / DECRETO LEY / DERECHO ADMINISTRATIVO / DERECHOS FUNDAMENTALES / ESTADO DE DERECHO / INTERÉS GENERAL / JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA / LEGALIDAD (Principio de) / PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO / PROPIEDAD / SECTOR PÚBLICO

EXTRANJERÍA

La inmigración y la extranjería existen y han existido siempre, constituyendo, hoy en día, una constante histórica y un fenómeno universal, que obedece a factores de diversa índole (económicos, laborales, sociales, políticos, etc.). Hace 1500 años, en lo que actualmente conocemos como Moscú, no había un solo ruso, en Hungría no había un solo húngaro, en Turquía no había turcos, España empezaba a ser visigoda, y en América solo vivían indígenas. Aunque son los Estados Unidos los que tradicionalmente han venido recibiendo a inmigrantes de todas partes del mundo, en el último siglo, Europa, por factores de índole geográfico e histórico, se ha convertido en destino de los flujos migratorios.

La inmigración y la extranjería son una realidad, un fenómeno tan antiguo como el ser humano. Un tema cada vez más recurrente en el discurso político ya que la mayoría de los ciudadanos considera que sus gobiernos deberían convertir la lucha contra la inmigración clandestina en una tarea prioritaria. Sin embargo, la instantánea que podemos sacar de la política en materia de inmigración y extranjería es la de la falta de armonización legislativa y la existencia de diferentes legislaciones estatales para hacer frente al fenómeno de la inmigración. Hay dos datos de partida que debemos observar: uno, que, hoy día, más de 200 millones de personas pueden ser consideradas migrantes, esto es, residen fuera del país de su nacionalidad; y, dos, que está claro que hay que integrarse.

Tradicionalmente, conforme al ordenamiento jurídico español, la condición de «extranjero» se ha venido definiendo, de una forma bastante simple, por oposición al concepto de nacional: «se consideran extranjeros a los que carezcan de la nacionalidad española»; de forma que son «extranjeras» todas aquellas personas que poseen la nacionalidad de un país distinto a España. Ahora bien, esto es una verdad a medias pues la cuestión no es tan sencilla como parece, ya que «carecer de la nacionalidad española» y «extranjero» no son términos idénticos *stricto sensu* en cuanto al contenido de su estatuto jurídico. Por el lugar de procedencia, podemos afirmar que unos son extranjeros en términos de generalidad y otros lo son, pero cualificados por su origen. Por tanto, ya no podemos hablar de «extranjeros» para referirnos a aquellos sujetos que no son españoles, pero sí pertenecen, en cambio, a un Estado miembro de la Unión Europea o, por extensión, a un Estado de la Asociación Europea de Libre Comercio-AELC.

Como bien señala el art. 1 del Acuerdo de *Schengen* (firmado el 14 de junio de 1985 sobre libre circulación de personas en el espacio *Schengen*), deben ser consideradas como extranjeras «aquellas personas que no sean nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea o de los países de la AELC». No obstante, como bien sabemos, existen nacionales extracomunitarios a los que no se les aplican las normas generales de extranjería: familiares de españoles y de nacionales comunitarios –cónyuges o parejas de hecho, descendientes y ascendientes–. Así las cosas, los nacionales extracomunitarios a los que no les sea de aplicación ni el régimen comunitario ni el régimen previsto en un tratado internacional en el que España sea parte habrán de estar a lo dispuesto en el régimen general de extranjería –prin-

cipalmente, la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (reformada por L.O. 2/2009) y su Reglamento, aprobado por Real Decreto 557/2011, de 20 de abril–, salvo que se trate de personas expresamente excluidas del mismo (como refugiados, apátridas o personas con *status* público).

Así las cosas, el régimen de extranjería en España hace referencia al conjunto de normas jurídicas aplicables al estatuto del extranjero en su relación con la Administración española. Viene a referirse al conjunto de normas que determinan el régimen jurídico de los no nacionales en España y que regulan cuestiones tales como su entrada, permanencia, establecimiento y salida del territorio español, el goce y disfrute de los derechos de carácter público y privado que disfrutan los extranjeros que se encuentran en España.

Son diferentes las *situaciones administrativas* en las que pueden encontrarse los extranjeros en España al amparo del régimen legal de extranjería. De acuerdo con el régimen general, podemos diferenciar los siguientes regímenes: a) Estancia: hace referencia a la permanencia en España, sin la condición de residente y se aplica a los turistas –quien permanece por un periodo no superior a noventa días por semestre, con la finalidad de realizar visitas turística y/o personales, y a los estudiantes e investigadores, para la realización de actividades de investigación o formación; b) Residencia temporal no lucrativa: autoriza a residir en España sin realizar actividad laboral durante un año con medios económicos suficientes para sufragar sus gastos de estancia y regreso y, en su caso, los de sus familiares directos, teniendo comienzo la vigencia en el momento en que se efectúe la entrada en España; c) Residencia y trabajo: autoriza a residir en España y, al mismo tiempo, realizar actividades laborales por cuenta propia o ajena, desde un año hasta cinco; y, d) Residencia de larga duración: se le concede a los extranjeros que hayan residido en España legalmente y de forma continuada durante cinco años y quieran seguir residiendo en España. La autorización de residencia de larga duración autoriza a residir y a trabajar en España indefinidamente y en igualdad de condiciones que los españoles. Y, de acuerdo con el régimen comunitario, nos encontraríamos con los siguientes regímenes: a) Residencia inicial temporal: autorización para residir y trabajar en España en dos casos: 1) para los ciudadanos nacionales de la Unión Europea (UE), del Espacio Económico Europeo (EEE) y de Suiza, previa inscripción en el Registro Central de Extranjeros, y 2) para sus familiares, que obtendrán una autorización temporal inicial, con una duración de 5 años. Este tipo de residencia tiene carácter temporal; b) Residencia permanente: está prevista tanto para los nacionales de la UE, o de la AFLC, que decidan vivir permanentemente en España (también deben solicitar el correspondiente certificado de residencia permanente), como para sus familiares que la obtendrán, en este caso, por períodos de 10 años consecutivos; y, c) Residencia de larga duración-UE: autoriza a residir y trabajar en España indefinidamente en las mismas condiciones que los españoles y otorga la posibilidad de obtener una autorización de residencia o residencia y trabajo en otros Estados miembros de la UE, en las condiciones que estos determinen.

La integración de extranjeros debe implicar el reconocimiento de una serie de derechos, así como el cumplimiento de unos deberes que parten de los criterios

de convivencia y organización característicos de la sociedad europea. Todo ello dentro del respeto a la identidad cultural y religiosa de los recién llegados. En este sentido, la integración solo puede hacerse efectiva a través del conocimiento mutuo. Para lograr este objetivo de integración, se debe construir un modelo jurídico que lo garantice, y que establezca las bases fundamentales que posibiliten la efectiva integración social de las personas extranjeras.

Las bases para una adecuada política en materia de inmigración para la integración de extranjeros podrían ser las siguientes: a) enfatizar la idea de inmigración como intercambio, motor de progreso y de paz; b) el reconocimiento de derechos y libertades al extranjero y su no criminalización; c) atacar la inmigración ilegal desde su origen, actuando sobre las causas que la engendran y sustentan; y, d) el reforzamiento de los mecanismos de control de las infracciones relacionadas con la contratación irregular de extranjeros.

En todo caso, son características comunes a todas las normas estatales reguladoras de la inmigración su provisionalidad, su fugacidad, la ambigüedad y la lentitud de la Administración en la resolución de los expedientes administrativos, creando un panorama de clara y constante inseguridad jurídica. Varias son las medidas que, en materia de inmigración, precisan de ser adoptadas: reforzar los controles en las fronteras, potenciar la contratación en origen, y establecer una adecuada política de lucha contra la inmigración irregular, que debería acompañarse de un reforzamiento de los mecanismos de control de las infracciones relacionadas con la contratación irregular de extranjeros. El futuro pasa por el establecimiento de un régimen jurídico migratorio más *realista* y *coherente* que el actual y por la construcción y desarrollo de un modelo común de integración de la población extranjera donde la libertad de circulación y el principio de igualdad deberían inspirar todo su ordenamiento, de forma que se pueda contemplar este fenómeno desde otra perspectiva, y que tanto los nacionales como los extranjeros puedan beneficiarse del potencial y la oportunidad que supone el fenómeno migratorio; ya que, en caso contrario, la inmigración seguirá siendo un «problema» para todos, y las oleadas de inmigrantes irregulares no cesarán, pues el inmigrante seguirá siendo consciente de que, cruzando la frontera, encontrará trabajo, y con el tiempo, de una forma o de otra, será legalizado. Ahora bien, eso sí, hay que construir juntos, en términos de igualdad, para poder hablar de integración.

BIBLIOGRAFÍA

Alonso Olea, B., *et al.*: *El extranjero en el Derecho español*. Madrid: Dykinson, 2019.

Cuadrón Ambite, S: *Extranjeros en frontera: Un estudio jurídico-práctico del reconocimiento, protección y límites del derecho de entrada en España*. Madrid: Dykinson, 2019.

Cuartero Rubio, M.ª V., dir.: *Inmigración. Retos para el Derecho en el siglo XXI*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2019.

Fernández-Costales, J.: *Globalización, migraciones y expatriación de trabajadores. Los retos del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social frente a las nuevas realidades de la movilidad laboral internacional*. Madrid: Reus, 2019.

FERNANDEZ SÁNCHEZ, P.: *El derecho de los inmigrantes irregulares a tener derechos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

HEREDIA SÁNCHEZ, L; ORTEGA GIMÉNEZ, A., coords.: *Diccionario Migración y Extranjería*. Madrid: LID Editorial Empresarial, 2014.

MARTIN SANS, L.: *Movilidad, extranjería y nacionalidad*. Madrid: Centro de Estudios Financieros, 2019.

ORTEGA GIMÉNEZ, A., *et al.*, dirs.: *Práctica de la Gestión de la Diversidad Cultural en las Aulas Universitarias (con especial referencia a las cuestiones legales prácticas aplicables a estudiantes e investigadores extranjeros)*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2019.

— dir.: *Manual práctico orientativo de Derecho de la Nacionalidad*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2017.

— *Manual práctico orientativo de Derecho de Extranjería*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2016.

— *Hacia la construcción de un modelo común de la integración de la población inmigrante en la Unión Europea*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.

Alfonso ORTEGA GIMÉNEZ
Profesor Titular (a) y
Profesor de Derecho Internacional Privado
Universidad Miguel Hernández

VER TAMBIÉN: ASILO / CONVIVENCIA / DEFENSOR DEL PUEBLO / DERECHOS FUNDAMENTALES / JURISDICCIONAL UNIVERSAL / **PANDEMIA: PERSPECTIVA ÉTICA** / SUFRAGIO / TOLERANCIA / TRATADOS INTERNACIONALES

FUNCIÓN PÚBLICA

Función pública es el concepto empleado en el Derecho Administrativo español para señalar al conjunto de personas que, en tanto recursos humanos de la organización, realizan con sus tareas los cometidos de las Administraciones, en regímenes diversos que han de comportar, necesariamente, elementos diferenciadores del Derecho laboral. Los empleados públicos son tanto funcionarios como laborales, pero en ocasiones se confunde la parte –la función pública– con el género más amplio de empleados, pues se aplica el Derecho del Trabajo en la Administración Pública.

La etimología de «función» evoca la naturaleza vicarial de una tarea –*fungi* es cumplir un deber– y la realización de un servicio en beneficio de terceros. Así, funcionario público sería la persona institucionalmente comprometida y dedicada a ejecutar las obligaciones previstas en el ordenamiento. Hoy, ellas y ellos ponen sus capacidades al servicio de la sociedad, que ha de corresponder a su esfuerzo con retribuciones y reconocimientos.

El desarrollo de la *burocracia* marca los perfiles característicos de la función pública contemporánea, sujeta a un principio de legalidad que garantiza el igual trato y la «eficacia indiferente» del aparato administrativo. Los principios constitucionales de igualdad y objetividad no serían efectivos sin personas que evitaran los tratos de favor o disfavor a quienes reconocemos los mismos derechos.

Esta es una de las razones de la cabal garantía de inamovilidad para el ejercicio de la función, protegida constitucionalmente por una reserva de ley, siquiera relativa, que pone de manifiesto la importancia institucional del modelo, superador desde el siglo XIX del precedente basado en el «botín», en su versión castiza de «cesantías» o alternancia de funcionarios de un partido u otro, dependiendo del gobierno de turno.

La *profesionalización* de la función pública representa un destacable avance para la calidad democrática y la estabilidad institucional. Los funcionarios de tal condición, no patrocinados por los partidos, miran hacia un horizonte de largo plazo que modula su condicionamiento circunstancial o sesgado. Aunque por supuesto deben ejecutar las políticas legitimadas democráticamente, han de hacerlo respetando las normas y sin el fervor de quien forma parte de un proyecto en condición de eventual o por libre designación.

Los principios de mérito y capacidad en la selección de quienes acceden a las funciones públicas, conforme al derecho previsto en la Constitución Española (arts. 23.2 y 103.3 CE), afianzan la igualdad y evitan la patrimonialización de los oficios del Estado. Los sesgos partidistas, las predilecciones familiares u otros prejuicios humanos no debieran afectar las oportunidades de servir en las organizaciones públicas.

La sociedad se refuerza gracias a la regla de elegir a los más capaces para atender a sus necesidades colectivas, favoreciendo la sana concurrencia entre jóvenes incentivados para demostrar sus capacidades. Así también se genera una conciencia común de pertenencia e identificación con las instituciones, de las que formarán parte integrante, como

recurso humano, quienes ganen en buena lid los puestos de trabajo.

Los métodos de selección han de adaptarse a las características de los puestos y a los perfiles requeridos. Las tradicionales oposiciones, basadas en capacidades de memorización de contenidos, pueden mejorarse con sistemas centrados en la resolución de problemas, en la identificación de habilidades transversales (como el trabajo en equipo, la comprensión de la complejidad, la detección de patrones) o el buen criterio para dar respuesta a necesidades sociales concretas. De cualquier modo, los órganos de selección han de velar por la igualdad de oportunidades de los aspirantes, presupuesto que requiere medidas concretas en la composición, el desarrollo de las pruebas y la calificación de cada uno de los aspirantes. Toda irregularidad en estos momentos decisivos puede dar al traste con el procedimiento, dificultando después la retroacción de actuaciones por los efectos sobre los seleccionados. Las dudas sobre la limpieza de estos procesos selectivos son muy dañinas, pues menoscaban el mensaje de promoción del interés y la concurrencia de talento para acceder a la función pública.

Así mismo, la carrera administrativa promueve el esfuerzo, la experiencia adquirida mediante la práctica de las tareas y el talento o las capacidades desarrolladas gracias a la formación continuada. Los concursos y promociones sirven para generar incentivos y oportunidades que deben destacar a quienes mejores perfiles demuestran, por su atención a los intereses de la institución y sus habilidades para solucionar problemas y atender a las necesidades.

Los derechos y deberes de los funcionarios son regulados en un Estatuto básico [texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre], complementado por otras normas territoriales y sectoriales. Reconducir a un régimen común las múltiples especificidades de quienes trabajan en la prestación de los servicios públicos es una misión casi imposible: sanitarios, profesores, militares, policías y otros cientos de grupos profesionales específicos requieren tratamientos propios y en parte, pues, diferenciados. La panoplia de derechos ha crecido notablemente por acumulación de nuevas visiones de la vida del funcionario: la conciliación familiar, la igualdad de género, la equiparación al régimen laboral en lo relativo a la negociación colectiva, el derecho de huelga incluso. Las obligaciones, por otro lado, se asocian a un régimen disciplinario que se ejerce con normalidad en los casos graves o muy graves, afianzando el cumplimiento de obligaciones porque es necesario proteger los intereses de todos frente a este tipo de situaciones.

La evaluación del desempeño es hoy por hoy el instrumento predominante de comprobación del cumplimiento correcto de los deberes del funcionario, tanto desde un punto de vista más cuantitativo (desempeño), como teniendo en cuenta la percepción de los destinarios del servicio que presta. Aun, sin embargo, sigue planteando numerosas controversias y alternativas sobre los modos de evaluar, las métricas del cálculo y la dificultad de abstraer las perspectivas puramente personales o las lógicas internas exclusivas de la organización.

Las responsabilidades de funcionarios y autoridades son de diversa naturaleza (disciplinaria, patrimonial, contable, penal) y se encuentran relativamente descodificadas o reguladas en múltiples normas, inconexas y necesitadas de mayor

integración. La rendición de cuentas es una exigencia democrática ineludible, pero también lo es una seguridad jurídica suficiente para evitar la parálisis de los gestores y el temor a interpretaciones arbitrarias de normas poco trabadas.

Nadie duda, en fin, que los funcionarios públicos deben comportarse de modo adecuado a la tarea que tienen asignada. Muchas instituciones han aprobado códigos éticos que enuncian principios dirigidos a reafirmar tal mensaje de identificación con los mejores valores de protección del interés general. Ahora bien, es conveniente del mismo modo proteger la posición del funcionario.

Algunas de las buenas prácticas del mundo de las organizaciones privadas son aplicables a la función pública, así como también las empresas se han inspirado a lo largo de la Historia en soluciones organizativas del Estado para mejorar sus propios procesos. Los paradigmas no son, sin embargo, plenamente intercambiables, pues hay características peculiares de la función pública que no serían trasladables al sector mercantil, y viceversa.

Una última reflexión, oportuna por el desarrollo tecnológico de nuestro tiempo, merece la posible automatización de las tareas administrativas, ¿serán sustituidos los funcionarios por máquinas? La inteligencia artificial permite efectivamente remplazar en algunas tareas a las personas, pero el riesgo de deshumanización debe señalarse si se propone cambiar el criterio circunstanciado propio del ser humano por una máquina que no comprenda los contextos de las decisiones.

BIBLIOGRAFÍA

Castillo Blanco, F.: *Lecciones de función pública*. Granada: CEMCI, 2006.

Chaves, J. R.: *Ser funcionario en tiempos difíciles (motivos de orgullo y claves de supervivencia)*. Madrid: La Ley, 2019.

Fuentetaja Pastor, J.: *Pasado, presente y futuro de la función pública: entre la politización y la patrimonialización*. Madrid: Civitas, 2013.

Rivero Ortega, R.: *Instituciones administrativas, desarrollo y control de la corrupción*. Madrid: UIMP, 2005.

— *La necesaria innovación en las instituciones administrativas*. Madrid: INAP, 2013.

Ricardo Rivero Ortega
Catedrático de Derecho Administrativo y
Rector de la Universidad de Salamanca

VER TAMBIÉN: ADMINISTRACIONES PÚBLICAS / BUENA ADMINISTRACIÓN / BUROCRACIA / CIENCIA DE LA ADMINISTRACIÓN / DERECHO ADMINISTRATIVO / JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA / ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA / REGLAMENTO ADMINISTRATIVO

GENOMA HUMANO

Según la definición técnica de la *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, se refiere a «la totalidad de la información genética almacenada en el ADN de las células humanas». Así, «cada persona posee su propio patrimonio genético (genoma), el cual la define como único a pesar de compartir con el del resto de individuos de la especie el 99,9 por ciento de similitud genética».

La culminación de la secuenciación del genoma humano ha sido una de las empresas más ambiciosas en el campo de las Ciencias biológicas del presente siglo. Plasmación de ello es el «Proyecto Genoma Humano» (PGH) que, de entre todos los avances biotecnológicos modernos, es el que más discusiones ético-jurídicas ha fomentado, en la medida en que si bien conocer el genoma completo significa poder prevenir y curar enfermedades hereditarias, no está exento de un posible mal uso de esa información genética que requiere la fijación de unos límites.

El proyecto dio comienzo en 1990 –bajo la dirección de Watson, quien dimitió en 1993 y fue sustituido por Collins, que lo dirigió hasta su finalización–. Aunque la iniciativa surgió en los Estados Unidos, rápidamente se convirtió en un asunto internacional, con la participación de seis países: Estados Unidos, Reino Unido, Francia, Alemania, Japón y China *(International Human Genome Sequencing Consortium)*. La publicación oficial del primer borrador del genoma humano se realizó en febrero de 2001 en *Nature* y *Science*, si bien la secuenciación del genoma fue completada en 2003.

La finalización del PGH abría las puertas a una nueva era de la Medicina que posibilita la adaptación de las estrategias de prevención, diagnóstico y tratamiento en función del perfil genético y molecular de cada paciente y su enfermedad (Medicina Personalizada de Precisión).

Habida cuenta de que los datos que pueden obtenerse a través del análisis del ADN revelan ámbitos extremadamente sensibles de la vida privada de la persona –incluso de su familia biológica, si se trata de datos genéticos– se han de adoptar las medidas necesarias en pro de la tutela de los derechos fundamentales que pudieran verse comprometidos. Junto a la afectación al derecho a la intimidad –clave en la regulación sobre protección de datos–, se relacionan otros derechos que pueden verse igualmente afectados por la obtención y tratamiento de datos de carácter personal, en general, y de datos genéticos, en particular: el derecho a la autodeterminación informativa (comprendido dentro del derecho fundamental a la protección de datos personales, según ha declarado el Tribunal Constitucional) y el derecho a la identidad genética y, transversalmente a ellos, del derecho a la igualdad y la consecuente prohibición de discriminación y estigmatización. Y es que una de las aplicaciones abusivas para el Derecho en relación con el conocimiento del genoma humano es el relativo al uso de la información genética para discriminar y estigmatizar a las personas (discriminación y estigmatización genética) –en especial en el ámbito laboral y de los seguros– y, en definitiva, para vulnerar derechos humanos universalmente admitidos.

Actualmente, el *big data* –entendido como una variedad de tecnologías mediante las cuales puede ser tratada una cantidad masiva de datos de origen muy diverso relativos a una misma persona o a un número

extenso de ellas– ha transformado radicalmente la forma en la que se lleva a cabo la investigación genética. La ingente cantidad de datos (genéticos) de los que se dispone ha provocado que se estén utilizando, cada vez más, algoritmos –básicamente se refiere a un conjunto ordenado y determinado de pasos que nos permite solucionar un problema– para analizar esta información. Estos algoritmos permiten hacer estudios no solo de un grupo de genes, sino que también se pueden hacer estudios de asociación del genoma completo, que permiten detectar cuántas veces aparece un determinado gen o grupo de genes en personas con una determinada condición física. Consecuentemente, si bien el PGH requirió de 13 años para poder completar su objetivo y alrededor de 3.000 millones de dólares, actualmente esta secuenciación se puede realizar en 24 horas con un coste de unos pocos miles de dólares.

Un aspecto clave es el sempiterno riesgo de *eugenesia*. La intervención genética en seres humanos puede ser de varios tipos, según las células en que se actúe (células somáticas o células de la línea germinal, modificaciones que, en este caso, serán heredadas por la descendencia) y según el fin que persiga la modificación (la terapia, curación o prevención de enfermedades con origen genético o la mejora de rasgos no patológicos). Las diferencias existentes entre terapia y mejora genética son, en cuanto a sus efectos, consecuencias e implicaciones éticas, notoriamente diferentes. Se deja claramente asentada la permisión, como regla general, de las intervenciones genéticas en línea somática cuando ellas estén encaminadas a finalidades preventivas, diagnósticas y terapéuticas. Por ello, se prohíben todas las intervenciones dirigidas a la modificación de características genéticas que no estén asociadas a una enfermedad, y queda prohibida cualquier modificación perfectiva o de mejora, que podría llegar a calificarse de eugenésica. En definitiva, el conocimiento del genoma humano ha generado notables situaciones conflictivas para la Bioética y el (Bio)Derecho, en particular referidas a las prácticas eugenésicas, entendiendo la eugenesia como la modificación de la dotación genética hereditaria.

Otro gran debate se refiere a la *patentabilidad* del genoma humano. Si bien es cierto que la forma de proteger de modo más efectivo la secuenciación de genes sería la concesión de la patente (en tanto aquellos estarían protegidos sin necesidad de permanecer en secreto y la explotación de la patente podría generar sustanciosos beneficios económicos), sin embargo, para que algo sea patentable, ha de constituir un invento, es decir, un producto o procedimiento antes inexistente que comporte una novedad y que tenga alguna aplicación práctica conocida. Desde que se planteó la posibilidad de la patente se ha venido discutiendo que esto ocurra en sentido estricto con la secuenciación del genoma humano en sí misma, pues podría tratarse en realidad de un descubrimiento, de mostrar algo que ya existía, sin perjuicio de reconocer la actividad inventiva a la reproducción de un gen o la secuencia de un gen en el laboratorio; y podría ser problemático demostrar alguna aplicación conocida, si no se sabe qué funciones concretas desempeñan esas bases nitrogenadas. La significativa Directiva Europea (98/44/CE) sobre la «Protección jurídica de las invenciones biotecnológicas», despejó está duda en sentido favorable. Así, en 1998 la Oficina de Patentes norteamericana admitió la patente de dos genes humanos responsables del cáncer de mama y de ovarios en la mujer (BRCA1 y BRCA2). Sin embargo, este asunto pasó a los tribunales de justicia por iniciativa de las empresas competidoras, llegando incluso al Tribunal Supremo de EEUU (Caso *Association for molecular pathology et ál vs. Myriad Ge-*

netics, Inc, et als., sentencia de 13 de junio de 2013), quien no reconoce las patentes de genes en su estado natural por el mero hecho de haber sido aislados (se requiere que el gen haya sido manipulado de alguna forma en el laboratorio para que pueda considerarse patentable). No debe desconocerse que un importante debate judicial se ha abierto recientemente en torno a la patente de la técnica de edición de genes CRISPR/Cas9. Así, los problemas surgidos sobre la patentabilidad de ciertos descubrimientos genéticos demandan, con urgencia, la configuración, legal o jurisprudencial, de una nueva noción que aúne la justa retribución del inventor y el interés de la sociedad en general por la divulgación del descubrimiento.

Finalmente, hay que destacar que el Derecho relativo al genoma humano tiene su origen en un *soft law* (normas jurídicas no esencialmente coercitivas, sino más bien exhortativas). Paralelamente va emergiendo en Derecho Constitucional, desde el prisma de los derechos humanos y de otros principios o valores que pueden guardar relación con las Ciencias biomédicas en general. Así, se han venido desarrollando numerosos derechos humanos, en ocasiones como parte del contenido de algunos derechos fundamentales proclamados por la mayor parte de las Constituciones modernas: el derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad ideológica o de conciencia, a la intimidad y a la vida privada. En cuanto a instrumentos jurídicos internacionales, resultan significativas la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos de 1997 y la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos de 2003, ambas en sede UNESCO y, por otra parte, el Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina, impulsado por el Consejo de Europa y suscrito en Oviedo el 4 de abril de 1997.

BIBLIOGRAFÍA

Goñi Urcelay, F.: «Genoma humano (técnico)», en *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, C. Romeo Casabona, dir. Granada: Comares, 2011.
Nicolás Jiménez, P.: «Dato genético (jurídico)», en *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, C. Romeo Casabona, dir. Granada: Comares, 2011.
Romeo Casabona, C. M.: «Revisión de las categorías jurídicas de la normativa europea ante la tecnología del big data aplicada a la salud», en *Revista de Derecho y Genoma Humano. Genética, Biotecnología y Medicina Avanzada*, N.º extraordinario (2019).
— *Los genes y sus leyes. El Derecho ante el genoma humano*. Granada: Comares, 2002.
Soutullo, D.: «Cuarenta años de revolución biotecnológica», en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, N.º extraordinario (2014).

Elena Atienza Macías
Doctora en Derecho
Investigadora Postdoctoral «Juan de la Cierva» (Ministerio de Ciencia e Innovación) en el Grupo de Investigación «Cátedra de Derecho y Genoma Humano» de la Universidad del País Vasco UPV/EHU

VER TAMBIÉN: BIG DATA / BIOCONSTITUCIÓN / CIENCIA / DERECHOS FUNDAMENTALES / DIGNIDAD / OBJECIÓN DE CONCIENCIA / POLÍTICA CIENTÍFICA / PROTECCIÓN DE DATOS / *SOFT LOW*

GOBIERNO

El Gobierno es actualmente en los sistemas parlamentarios un órgano constitucional que dirige la política del Estado porque goza de la confianza del Parlamento. No siempre ha sido así. El Gobierno nace en Europa en el siglo XVIII como conjunto de colaboradores del monarca que, en algunos países (Francia, España), venían a sustituir a las pesadas estructuras polisinodiales propias del primer Estado absolutista. En cierto modo, el Gobierno es un producto del Estado ilustrado que busca estructuras eficaces y ágiles para gestionar los asuntos públicos. Y cuando se inicia el Estado representativo fundado en el principio de separación de poderes, el Gobierno se inserta en la rama ejecutiva del Estado.

Hay que disipar alguna confusión conceptual, la diferencia entre Gobierno y Consejo de Ministros. El Gobierno es un órgano constitucional en tanto que el Consejo de Ministros es solamente la forma colegiada de actuación del Gobierno. Es una confusión muy generalizada porque durante muchas décadas del constitucionalismo histórico español el presidente del Gobierno se ha denominado presidente del Consejo de Ministros, y aún hoy día se utiliza ese término como sinónimo de Gobierno en las Constituciones finlandesa, griega, italiana y neerlandesa. Sin embargo, en la española los términos son claros: el órgano constitucional es el Gobierno que, entre otras formas de funcionamiento, lo hace en la reunión del Consejo de Ministros.

Así pues, lo característico del Gobierno en los sistemas parlamentarios, a diferencia de los presidencialistas, es que goza de la confianza del Parlamento. Lo más definitorio del Gobierno es la *relación fiduciaria* que le vincula al Parlamento, de modo que solo existe porque disfruta de la confianza, expresa o tácita, del Parlamento. Lo curioso es que siendo el Gobierno el órgano impulsor de la política de un país, es decir, el órgano más poderoso del Estado, siempre ha necesitado la confianza de otro órgano para actuar. En la Monarquía ilustrada del XVIII y en los inicios de la Monarquía liberal necesitaba la confianza del monarca, en la Monarquía limitada y en la constitucional precisaba de la doble confianza del propio monarca y del Parlamento, igual que ocurría en las primeras Repúblicas democráticas. Finalmente, en las Monarquías y Repúblicas parlamentarias el Gobierno necesita la confianza del Parlamento.

Cuando hablamos de relación fiduciaria nos referimos a diversos modelos de establecimiento y de ruptura de esa relación. Empezando por la forma de establecer esa relación, esta puede ser tácita, cuando se da por establecida hasta que el Parlamento la quiebra (Reino Unido). Y puede ser expresa con dos formas: el otorgamiento previo de la confianza mediante una votación de investidura (Alemania, Suecia) o a través de una votación de investidura posterior al nombramiento del Gobierno (Italia, Portugal, Segunda República española). La investidura (y la ulterior moción de confianza que le pone fin) puede corresponder en los Parlamentos bicamerales a una sola Cámara (Alemania) o a las dos (Italia). En algunas Constituciones la confianza se otorga a todo el Gobierno (Italia, Segunda República española) o solo al presidente del mismo (Alemania). En España, conforme a los arts. 99

y 113 CE, la relación fiduciaria se entabla y se puede quebrar entre el presidente del Gobierno (y no el Gobierno) y el Congreso de los Diputados (y no el Senado) mediante un acto formal de investidura previo a la formación del Gobierno.

La *estructura* del Gobierno no ha variado mucho desde el siglo XVIII. Básicamente está formado por un presidente (o primer ministro) con unos ministros, a los que desde el siglo XX se suelen agregar uno o varios vicepresidentes y también una categoría inferior de miembros que son los secretarios de Estado. En algunos países los vicepresidentes y los secretarios de Estado están constitucionalizados (Alemania, Austria, Grecia, Irlanda, Noruega, Países Bajos, Portugal) y en ciertas Constituciones los secretarios de Estado se consideran incluso miembros del Gobierno (Bélgica, Grecia, Portugal).

De ahí se desprende que el Gobierno es siempre un órgano complejo que actúa bajo diversas formas (Consejo de Ministros, Comisiones Delegadas, etc.). Ese es también el modelo español, cuya Constitución prevé la existencia del presidente, de los vicepresidentes y de los ministros y defiere a la Ley la posibilidad de que haya más miembros del Gobierno (lo que la vigente Ley 50/1997, del Gobierno, no ha llegado a hacer). Además, la Constitución ha previsto una forma de actuación colegiada, el Consejo de Ministros, que la citada Ley 50/1997 ha completado con las Comisiones Delegadas del Gobierno, existentes en España desde mediados del siglo pasado.

Precisamente por su estructura compleja el Gobierno genera diferentes modelos de organización. Conforme a la doctrina alemana, puede organizarse conforme a tres principios: el de dirección presidencial o de canciller, que consiste, de acuerdo con la Ley Fundamental de Bonn, en que es el presidente el que dirige la política del Gobierno; el departamental, donde los ministros gozan de gran autonomía; y el colegial donde las decisiones políticas se adoptan colegiadamente en el Consejo de Ministros. Por la subordinación del primer ministro al monarca en sus orígenes, el principio de canciller tardó mucho en asentarse, pero actualmente es el más extendido, sin perjuicio de que en todo ordenamiento permanecen rasgos de los otros dos principios. En Derecho español el modelo elegido es el del principio de dirección presidencial o de canciller, reforzado aún más en la Ley 50/1997, si bien este principio dominante se conjuga con trazos de los otros dos.

El tema del tipo de acto jurídico necesario para crear y suprimir Ministerios es crucial para entender la posición jurídica y política del Gobierno en el seno del Estado. En el XIX la práctica dominante (y a veces algunas Constituciones) exigía que se crearan por ley por considerar que esa creación tenía efectos presupuestarios. El hecho era de enorme relevancia porque ponía al Gobierno (y también al Rey en las Monarquías constitucionales bicéfalas) bajo la dependencia del Parlamento, sometiéndolo a unas limitaciones que no estaban justificadas en el marco de la separación de poderes. Solo a partir de 1945 las nuevas Constituciones «liberaron» a los Gobiernos de esa carga parlamentaría para otorgarles una necesaria autonomía de organización. Ello no obstante, en el Derecho Constitucional actual encontramos algunas Constituciones (belga, irlandesa, luxemburguesa y noruega), que sofocan esa autoorganización al fijar el número máximo o mínimo de miembros del Gobierno y otras (finlandesa, griega e italiana), siguen conser-

vando la reserva de ley para crear o suprimir Ministerios.

En España, rigió la reserva de ley para regular la organización gubernamental desde el siglo XIX hasta la Constitución de 1978, pero tras la aprobación de esta todavía se aplicó esta regla con la Ley 10/1983, de Organización de la Administración Central del Estado, si bien tuvo poca eficacia porque a partir de la Ley 46/1985, de Presupuestos Generales del Estado para 1986, se inició la práctica de deslegalizar la estructura del Gobierno a favor, no del Consejo de Ministros, sino del propio presidente. Ulteriormente, la citada Ley del Gobierno zanjó las dudas al atribuir al presidente la facultad de crear, suprimir y modificar Ministerios mediante real decreto dictado por sí mismo. De esta manera, el Gobierno se ha visto «liberado» como órgano constitucional de las injerencias parlamentarias, lo que redunda, enriqueciéndola, en su capacidad de acción política.

En cuanto a sus *funciones*, mientras formó parte del Ejecutivo bicéfalo, el Gobierno no tenía otras funciones que las que la Constitución atribuía al monarca. Pero cuando alcanzó la naturaleza de órgano constitucional (a partir de 1918 en Europa, si bien en Francia ostentaba una posición similar con las Leyes constitucionales de la Tercera República), se convirtió en un órgano con funciones cuasi-universales que las Constituciones y las leyes no solían describir: no lo hacían las Constituciones alemana de 1919 y austriaca de 1920, de modo que el art. 90 de la Constitución española de 1931, que atribuía al Consejo de Ministros (no al Gobierno) la iniciativa legislativa, la potestad reglamentaria «y deliberar sobre todos los asuntos de interés público» era, para la época, un precepto de contenido bastante amplio.

En la actualidad, las Constituciones siguen siendo bastante parcas y apenas les dedican un breve artículo para apuntar que el Gobierno dirige la política del país (Francia y Grecia) y en ocasiones entra incluso la duda si son funciones del Gobierno o solo de su forma colegiada de reunirse (Finlandia). Es frecuente que solo se describan las funciones del presidente en lugar de las del Gobierno (Alemania e Italia) o, simplemente, que la Constitución no contenga referencias a las funciones del Gobierno. La única excepción en Europa occidental a esta persistente sequía regulatoria es Portugal, cuya Constitución contiene un capítulo completo, de cinco artículos, dedicado a las funciones del Gobierno.

No ha de extrañar esta tan somera regulación. Por un lado, hay razones históricas que ayudan a entenderlo, porque el Gobierno, al desgajarse del monarca como órgano, asumió multitud de atribuciones de difícil regulación jurídica (en la España del siglo XVIII el primer ministro era el secretario del Despacho de lo Universal) y, en una perspectiva más reciente, sigue siendo difícil compendiar y describir la multitud de funciones de impulso y dirección política que han recibido en la doctrina la denominación de *acción* del Gobierno, concepto que describe una actividad materialmente compleja y finalista, reservada al órgano que ha recibido constitucionalmente la competencia para ejercer, con impulsos no reglados, la programación, la dirección y la ejecución de la política del Estado en todas aquellas materias que la Constitución no ha atribuido expresamente al Parlamento ni a los restantes órganos constitucionales o territoriales del Estado.

España no es una excepción a la regla general. Por una parte, el art. 97 CE contiene una sucinta (y bastante correcta) descripción de las funciones del Go-

bierno y, por otro lado, la Ley del Gobierno ha fijado algunas atribuciones que quedan reservadas al Gobierno como órgano constitucional complejo y los diferentes órganos de que se compone. El modelo español es bastante amplio y da seguridad jurídica a la actuación del Gobierno.

BIBLIOGRAFÍA

Aragón Reyes, M.; Gómez Montoro, A., coords.: *El Gobierno, problemas constitucionales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

Cotta, M.: «Los Gobiernos», en S. Bartolini, *et al.*: *Manual de Ciencia Política*. Madrid: Alianza, 1988.

Gallego Anabitarte, A.; Menéndez Rexach, Á.: «Artículo 97. Funciones del Gobierno», en Ó. Alzaga (dir.): *Comentarios a la Constitución Española*. Madrid: Cortes Generales, 1998, t. VIII.

García Fernández, J.: *El Gobierno en acción. Elementos para una configuración jurídica de la acción gubernamental*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales – BOE, 1995.

— *Regulación jurídica y acción política del Gobierno en España*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2020.

Garrido Falla, F.: «Artículo 97» y «Artículo 98», en *Comentarios a la Constitución*. Madrid: Civitas, 1985.

De Otto, I.: «La posición constitucional del Gobierno», en *Documentación Administrativa*, 188 (1980) y en *Obras completas*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010.

Javier García Fernández
Catedrático Emérito de Derecho Constitucional
Universidad Complutense

VER TAMBIÉN: CONGRESO DE LOS DIPUTADOS / DEMOCRACIA / DIVISIÓN DE PODERES / FORMAS DE GOBIERNO / INVESTIDURA / LIDERAZGO POLÍTICO / MINISTRO / MOCIÓN DE CENSURA / PARLAMENTARISMO / PARLAMENTOS / PRESIDENTE DEL GOBIERNO / REGLAMENTO ADMINISTRATIVO

GRUPOS PARLAMENTARIOS

En los Estados democráticos modernos los partidos políticos ocupan el papel principal en el funcionamiento de los Parlamentos. Los Grupos parlamentarios son la figura jurídica con la que los partidos actúan dentro de las Asambleas y a los mismos se les ha concedido el protagonismo del trabajo parlamentario, hasta el punto de que puede decirse que si el Parlamento del siglo XIX era un Parlamento de diputados, esto ha cambiado durante el siglo XX y el de principios del siglo XXI es ya fundamentalmente un Parlamento de Grupos.

Ello tiene componentes beneficiosos para la organización y el funcionamiento de las Cámaras porque han permitido una más racional ordenación del trabajo dentro de la compleja organización de las Asambleas modernas, lo que ha sido reconocido por nuestro Tribunal Constitucional, que los ha descrito como «entes imprescindibles y principales en la organización y el funcionamiento de las Cámaras» (STC 64/2004) y los ha definido como una «emanación de los partidos políticos» (ATC 12/1986). Pero ha generado la progresiva pérdida de capacidad de los parlamentarios individualmente considerados, quienes, en algunos Parlamentos, como ocurre en el español, se limitan a actuar como representantes del Grupo y allí donde el Grupo les encomienda que lo hagan. Con el añadido de la disciplina de voto, en el sentido que decida la dirección del Grupo en cada votación.

No obstante, el régimen jurídico de los Grupos parlamentarios está diferenciado del de los partidos, aunque, *de facto*, el Grupo es dirigido por la dirección del partido, funcionando como vasos comunicantes. En nuestro Derecho, como en la generalidad de ordenamientos parlamentarios, se incluye básicamente en los Reglamentos del Congreso y del Senado y en diversas resoluciones de desarrollo de los mismos, así como en los estatutos propios de cada Grupo (y también en los correspondientes Reglamentos de los Parlamentos autonómicos). Son estas normas internas las que han previsto los requisitos para poder constituir Grupo, las que determinan su organización y sus medios y las que han fijado sus amplias atribuciones.

Poder constituir Grupo es fundamental para un partido, porque le confiere plenitud de capacidad para actuar en el Parlamento, medios propios y visibilidad ante la opinión pública. Los partidos que no obtienen representación suficiente se integran en el residual Grupo Mixto, donde conviven ideologías diferentes e incluso antagónicas.

Como todos aspiran a tener Grupo, se han generado prácticas muy flexibles y conflictos variados. En nuestras Cámaras, por ejemplo, se ha admitido la discutible práctica, considerada fraudulenta por bastantes autores, del «préstamo» de parlamentarios, para que constituyan Grupo formaciones que no cumplen los requisitos reglamentarios, bien mediante la unión de pequeñas formaciones regionales, bien aportando miembros los partidos mayoritarios a los minoritarios hasta alcanzar el mínimo legal. En alguna legislatura, además, se ha acumulado tal número de miembros en el Grupo Mixto que se han constituido en su seno «agrupaciones» separadas dotadas de derechos propios. [Véase también el desdoblamiento del Grupo Mixto en la

actual legislatura del Congreso de los Diputados].

Por otra parte, algunos Parlamentos distinguen entre los miembros originarios del Grupo residual y los sobrevenidos que abandonan su Grupo, conocidos peyorativamente como *tránsfugas,* que suelen ser definidos reglamentariamente con la figura de los «no adscritos»

Paradójicamente, los usos han ido permitiendo que cada componente del Mixto –la mayoría de ellos, representantes de partidos pequeños o regionales– adquiera protagonismo, de forma que en los debates con mayor repercusión pública tienen una visibilidad en sus territorios que no pueden tener los parlamentarios del mismo territorio integrantes de los grandes partidos nacionales, que actúan exclusivamente a través de su portavoz nacional.

Lo cual pone en evidencia que en esta materia el cumplimiento de las normas se está matizando con prácticas que, además, van variando en la medida en que cambia tras cada elección el escenario de partidos. Ello ha llevado a algunos Parlamentos a considerar la conveniencia de remitir en bloque las reglas para la constitución de Grupos a acuerdos adoptados al inicio de la legislatura.

En cuanto a su régimen jurídico, los Reglamentos suelen remitir a su autoorganización, que normalmente se traduce en unos estatutos internos que, en general, no son de conocimiento público. Lo que en todo caso sí suele concretarse reglamentariamente es la existencia de portavoces de los Grupos y el compromiso institucional de proveer a cada uno de ellos de locales y medios, habitualmente mediante la asignación de una subvención variable en función del número de componentes.

Con todo, lo más relevante es que las normas confirman, sobre sus atribuciones, que el Grupo y no el parlamentario individual es hoy, en efecto, el principal sujeto de la actividad parlamentaria. Son, así, los titulares de la mayoría de las iniciativas, hasta el extremo de que iniciativas tan típicamente individuales como las preguntas al Gobierno dependen hoy de la firma del portavoz y del cupo asignado a cada Grupo. Por descontado, los debates son entre portavoces, tanto en el Pleno como en las Comisiones, siendo escasas las ocasiones en que se ha previsto la posibilidad añadida de intervenciones de otros parlamentarios –que además van entrando en desuso–. Y en cuanto a las votaciones, aparte de la disciplina de voto, que suele respetarse y que en muchos lugares se impone por los estatutos –y con sanciones internas cuando se quiebra–, se está extendiendo el recurso al voto ponderado, según el cual un miembro del Grupo vota por el total de los miembros del mismo en un determinado órgano. En particular, en la Junta o Comité de Portavoces, órgano cada vez más importante en todos los Parlamentos, porque, entre otras atribuciones, suele ser el titular de la competencia para aprobar el orden del día de las sesiones plenarias.

Este escenario característico del Parlamento moderno tiene ciertamente aspectos positivos. Facilita que la ordenación del trabajo se haga con mayor orden y agilidad. Evita debates estériles sobre procedimiento en las sesiones de las Cámaras. Aporta suma de fuerzas y apoyo mutuo en este tiempo complejo en el que a cada parlamentario individual le resulta imposible saber y opinar de todo. Y la disciplina partidaria contribuye, en fin, a proporcionar estabilidad a los Gobiernos y a que la política no se desarrolle entre continuos sobresaltos

sino con un razonable grado de previsibilidad.

Pero la *grupocracia* en el Parlamento está contribuyendo decisivamente no menos a la partitocracia, cuyos excesos dan razón a los críticos de la democracia representativa. Y en Parlamentos como el español prácticamente llega al extremo de la anulación de las opiniones e iniciativas de los parlamentarios individuales, que no debaten ni votan por su cuenta y son un mero instrumento de la dirección del partido, bajo un mandato imperativo de nuevo cuño. Como he explicado en otro lugar, las carreras políticas no dependen ya de las aptitudes acreditadas en el Parlamento sino de los designios del partido, lo cual genera despreocupación del político por lo parlamentario y perjudica la calidad del oficio y con ello la de los trabajos de las Cámaras. Y, por añadidura, determina la incomprensión de los parlamentarios, que no acaban de entender su papel y ejercen su mandato con frustración.

Hacia el futuro, parece pues imprescindible reducir los excesos de esta *grupocracia* y volver a prestigiar el papel del parlamentario individual. Desde luego, permitiendo su protagonismo en algunas iniciativas y debates. Y, en cuanto a la disciplina de voto, que en algunos Parlamentos es especialmente férrea, culminando al menos el eterno debate sobre la conveniencia de avanzar en la previsión de una serie de asuntos sobre los que podría otorgarse a los parlamentarios la capacidad de votar en conciencia.

BIBLIOGRAFÍA

Astarloa Huarte-Mendicoa, I.: *El Parlamento moderno. Importancia, descrédito y cambio*. Madrid: Iustel, 2017.

Pérez-Serrano Jáuregui, N.: *Los Grupos parlamentarios*. Madrid: Congreso de los Diputados, 1989.

Saiz Arnaiz, A.: *Los Grupos parlamentarios*. Madrid: Congreso de los Diputados, 1988.

VV. AA.: *Parlamento y diputado*, en XVII Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos. Madrid: Tecnos, 2011.

Ignacio Astarloa Huarte-Mendicoa
Académico (electo) de la
Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España
Ex Letrado Mayor de las Cortes Generales
Ex Diputado

VER TAMBIÉN: CALIDAD DEMOCRÁTICA / CONGRESO DE LOS DIPUTADOS / CORTES GENERALES / MANDATO PARLAMENTARIO / PARLAMENTOS / PARLAMENTO EUROPEO / PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO / REGLAMENTO PARLAMENTARIO / REPRESENTACIÓN POLÍTICA / SENADO

HUELGA

La tradicional debilidad del trabajador individual frente a la otra parte del contrato de trabajo, el empresario, explica la aparición de iniciativas colectivas de los trabajadores, tanto asociativas (sindicatos) como negociadoras (convenios colectivos) y reivindicativas (la más importante, la huelga).

La huelga es, en efecto, un medio de presión laboral, consistente en la suspensión temporal del contrato de trabajo, a través del cual grupos o colectividades de trabajadores intentan poner fin a un conflicto laboral obteniendo de los empresarios u organizaciones empresariales determinados beneficios.

No es el de huelga un derecho que los poderes públicos hayan reconocido con facilidad. Concretándonos a nuestro país, la huelga no deja de ser delito hasta la promulgación de la Ley de Coligaciones, Huelgas y Paros de 1909, anticipada por una importante circular del Fiscal del Tribunal Supremo de 1902. Dicha Ley concebía a la huelga como un instrumento de satisfacción de los intereses de los obreros, que debía sujetarse a un procedimiento de preaviso a la autoridad y de intentos previos de solución por arbitraje o conciliación. Seguían considerándose delictivas las huelgas violentas y las declaradas omitiendo los requisitos legales.

Tras dos décadas de proscripción de la huelga (desde el Fuero del Trabajo de 1938 hasta la Ley de Orden Público de 1959), el Decreto 2354/1962 inició una tímida aceptación del conflicto colectivo, proseguida por la reforma del Código Penal en 1965, que solo mantuvo la tipificación penal de las huelgas realizadas en los servicios públicos y las atentatorias contra la seguridad del Estado; reforma a la que siguieron, en el mismo sentido de atenuación de las prohibiciones, la Ley Orgánica del Estado (1967) y el Decreto 1367/1970. Hubo, sin embargo, que esperar al Decreto-Ley 5/1975 para que la huelga fuera reconocida expresamente, si bien sujeta a un premioso procedimiento que supuso la práctica inaplicación de la norma.

En fin, en plena transición política, el Real Decreto-Ley de Relaciones de Trabajo (1977) [RDLRT] dedicó su título I a la ordenación del derecho de huelga; una regulación que, depurada de sus aspectos contrarios a la Constitución por la importante STC 11/1981, subsiste al día de hoy.

La Constitución incluye a la huelga entre los derechos fundamentales (título I, capítulo II, sección 1.ª) y dispone (art. 28.2) que: a) su titular son «los trabajadores» (el legislador incluye también a los empleados públicos, con algunas excepciones: fuerzas armadas, policía nacional, guardia civil; y también a los sindicatos); b) su finalidad es la defensa de los intereses de los trabajadores; y c) la ley reguladora del ejercicio del derecho de huelga debe garantizar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad.

El carácter de derecho fundamental de la huelga significa, en primer lugar, que debe regularse por ley orgánica (art. 81.1 CE); no obstante, lleva más de cuarenta años rigiéndose por el preconstitucional RDLRT, ciertamente revisado por el TC. En segundo lugar, el carácter fundamental del derecho de huelga supone su tutela por un procedimiento preferente y sumario ante los tribunales ordinarios y

a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (art. 53.2 CE). Se trata además de un derecho al que su titular no puede renunciar ni aceptar su restricción mediante pacto incluido en su contrato de trabajo (art. 2 RDLRT). Sin embargo, sí se considera lícito que la negociación colectiva prevea la renuncia al ejercicio del derecho de huelga durante la vigencia del convenio (art. 8.1 RDLRT, que la STC 11/1981 entiende ajustado a la Constitución en cuanto que prevé un «pacto de paz laboral» lícito).

La ley orgánica que la Constitución exige, hasta ahora sin éxito, para la regulación del derecho de huelga debería atender de modo prioritario a la reforma de la huelga en los servicios esenciales, tan largamente solicitada por la doctrina académica y por el Tribunal Constitucional (SSTC 123/ 1990, 184/2006, 193/2006) como largamente demorada.

En efecto, el art. 28.1 CE dispone que la ley que regule el ejercicio del derecho de huelga deberá garantizar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad, esto es, aquellos servicios destinados a satisfacer derechos fundamentales y bienes protegidos constitucionalmente (SSTC 51/1986, 27/1989, 43/1990, etc.). El RDLRT regula, de un modo que la experiencia demuestra insatisfactorio, esta importante materia en su art. 10, declarado parcialmente inconstitucional por la STC 11/1981, atribuyendo a la autoridad gubernativa la facultad de determinar en cada caso esos servicios esenciales y de fijar los «servicios mínimos» que la huelga debe respetar y que corresponde a los empresarios cubrir designando los correspondientes trabajadores.

El RDLRT puntualiza en qué consiste la huelga: en «la cesación de la prestación de los servicios por los trabajadores afectados» (art. 7.1). Por su parte, la STC 11/1981 confirma que la finalidad de la huelga es «colocar el contrato de trabajo en una fase de suspensión», de modo que los huelguistas «puedan desligarse temporalmente de sus obligaciones jurídico-contractuales». Ello significa que durante la huelga el trabajador pierde el derecho al salario, si bien permanece en alta especial en la Seguridad Social (arts. 6.3 RDLRT y 166.7 de la Ley 8/2015, General de la Seguridad Social).

Como todo derecho fundamental, el de huelga está sujeto a límites. Traspasados estos, el titular del derecho no goza, lógicamente, de la protección jurídica deparada al ejercicio lícito de ese derecho, como viene reiterando el Comité de Libertad Sindical.

El RDLRT enumera varios tipos de huelgas ilegales en su art. 11, confirmado, salvo en un concreto aspecto, como se verá de inmediato, por la STC 11/1981: a) las huelgas ajenas al «interés profesional» de los trabajadores, y dentro de ellas y con especial mención, las huelgas «por motivos políticos»; b) las huelgas de solidaridad o apoyo, salvo que afecten (la STC 11/1981 declara inconstitucional el adverbio «directamente») al interés profesional de los trabajadores; c) las huelgas que pretendan alterar lo pactado en convenio o lo dispuesto en laudo; d) las huelgas contrarias a lo dispuesto en el RDLRT o a lo pactado en materia de solución de conflictos en el convenio colectivo aplicable. Ilegales son también las huelgas prohibidas durante los estados de excepción y sitio, declarados de acuerdo con la L.O. 4/1981, de 1 de junio.

No ya ilegales, pero sí ilícitas o abusivas son las huelgas que enumera, atribuyéndoles esta calificación, el art. 7.2 RDLRT: a) las «huelgas rotatorias», efectuadas por distintos grupos de trabajadores que se van turnando para así reducir la pérdida de salario; b) las huelgas llevadas a cabo

por trabajadores en «sectores estratégicos» para interrumpir el proceso productivo; c) las huelgas «de celo o reglamento», destinadas a perturbar el proceso productivo sin declarar la suspensión de los contratos de trabajo; y d) cualesquiera otras formas de «alteración colectiva en el régimen de trabajo distinta a la huelga».

La STC 11/1981 admite la constitucionalidad del precepto, pero con una puntualización: la de que el art. 7.2 citado solo está estableciendo una presunción *iuris tantum* de ilicitud o abuso, destruible mediante prueba en contrario.

En cuanto al mandato de que la huelga se lleve a cabo «sin ocupación de locales de trabajo» (art. 7.1 RDLRT), la STC 11/1981 restringe el concepto de *ocupación*, ciñéndolo a la permanencia contraria a una orden legítima de desalojo.

Las huelgas ilegales o ilícitas pueden desencadenar responsabilidades contractuales, administrativas e incluso penales, e indemnizatorias, al igual que las conductas antijurídicas que pudieran desarrollarse durante el ejercicio de la huelga.

Además de a límites, el ejercicio del derecho de huelga está sujeto a un procedimiento –declaración, notificación, desarrollo– cuya regulación contiene el propio RDLRT, con las correcciones introducidas por la STC 11/1981.

Tanto la clasificación de las huelgas atendiendo a su ajuste jurídico como la fijación de su procedimiento y de las consecuencias de las huelgas antijurídicas reclaman una reordenación a fondo, que, obviamente, debería acometer la tan largamente aplazada ley orgánica.

BIBLIOGRAFÍA

Baylos Grau, A.: *Derecho de huelga y servicios esenciales*. Madrid: Tecnos, 1988.

García Blasco, J.: *El derecho de huelga en España: calificación y efectos jurídicos*. Barcelona: Bosch, 1983.

Pérez de los Cobos, F., dir.: *Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, de Relaciones de Trabajo*. Madrid: La Ley, 2013.

Suárez González, F.: *La huelga: un debate secular.* Discurso de recepción en la RACMYP. Madrid: Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 2007.

VV. AA.: «La regulación del derecho de huelga en España», en *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, n.º 2-3, 2010.

Alfredo Montoya Melgar
Académico de Número de la
Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España
Catedrático de Derecho del Trabajo
Magistrado del Tribunal Constitucional

VER TAMBIÉN: CONTRATO DE TRABAJO / CONVENIO COLECTIVO / DERECHO DEL TRABAJO / DESPIDO LABORAL / JURISDICCIÓN SOCIAL / ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO / **PANDEMIA: PERSPECTIVA LABORAL** / SALARIO / SINDICATOS

INFORMÁTICA JURÍDICA

La expresión *informática jurídica* alude a las aserciones con las que se presenta la reflexión que es consecuencia y causa de las siguientes actividades: 1) el desarrollo de programas o aplicaciones informáticas como soporte del trabajo de profesionales del Derecho llevado a cabo en el marco institucional propio del Estado de Derecho, y 2) la elaboración de propuestas normativas dirigidas a la regulación de las consecuencias sociales y políticas de la expansión de las tecnologías de la información y la comunicación.

La denominación apareció en la segunda mitad de los sesenta del siglo xx: 1965, aproximadamente. Sucedió en el momento en el que se inició en Estados Unidos la utilización de los ordenadores por instituciones públicas especialmente en el ámbito judicial, lo que requirió la construcción de programas a propósito frente a los que en ese momento se desarrollaban por empresas e instituciones con objetivos militares, científicos, industriales o comerciales. Este hecho se produjo con posterioridad, de forma inmediata, en otros países, fundamentalmente europeos.

En la actualidad, la expresión y los fenómenos que la causan se extienden por todo el mundo, originados en buena medida por la general implantación de tecnologías de la información y la comunicación en relación a hechos como los siguientes: la reforma de la Administración de Justicia *(e-justice)*, la reforma del funcionamiento de las organizaciones administrativas de carácter público *(e-government)* y la regulación del uso de datos personales por todo tipo de entidades, empresas e incluso particulares (*protección de datos personales*).

Desde su aparición, la expresión ha contado, y cuenta, con numerosos desarrollos de su contenido en relación a la elaboración de propuestas en los dos ámbitos señalados: la construcción de aplicaciones y programas, y la formulación e interpretación de normativas referidas a regular las consecuencias de la expansión de las denominadas tecnologías de la información, inicialmente, y de las anteriores y las de la comunicación cuando las primeras quedaron complementadas por las últimas, utilizándose masivamente en forma integrada después de la aparición, implantación y uso de *internet* y de lo que hoy se denomina *redes sociales*.

Las propuestas, de carácter teórico, práctico y proyectos de I+D+i, elaboradas para el contenido de la informática jurídica, que han tenido y tienen gran interés para empresas, instituciones y responsables legislativos, resultan y resultaron, en general, de difícil comprensión, obteniendo limitado alcance por los motivos señalados a continuación.

Primero, por el énfasis que ponían y ponen dichas propuestas en los caracteres y funciones de las tecnologías, que están desarrolladas en conformidad con los principios de conocimiento y acción propios de las ciencias, matemáticas e ingenierías, aplicados a la construcción, prueba y funcionamiento de aplicaciones y programas, principios que tienen diferente carácter con respecto a los propios del Derecho, ocupados de la elaboración de opiniones y propuestas regulativas dirigidas a ofrecer soluciones a conflictos concretos que garanticen la convivencia, el consenso y la paz social.

Segundo, por la escasa atención que las propuestas de informática jurídica dan y daban a los principios característicos del Derecho, lo que trae consigo la aportación de

propuestas normativas y aplicaciones o programas que están guiados en mayor medida por el contenido y las exigencias del funcionamiento de las tecnologías de la información y la comunicación, al no existir, sobre todo al comienzo de su desarrollo e implantación inicial, normativas jurídicas concretas. Propuestas y aplicaciones que son elaboradas hasta la actualidad atendiendo, cuando en algún momento se presta atención a la regulación de sus funciones, a los principios jurídicos propios del Derecho anglosajón, *common law*, en razón a las que son características propias de la cultura estadounidense, que está presente desde el comienzo en la creación de aplicaciones por las empresas e instituciones que las desarrollan, en señalado contraste con el Derecho vigente en otros países, especialmente los del denominado *Derecho continental*, a cuyos principios y exigencias se ciñen sus respectivas culturas.

Tercero, la irremediable necesidad del trabajo colaborativo, interdisciplinar, realizado por juristas y tecnólogos, a efectos de superar las dificultades anteriores, práctica que ni es habitual en la realidad social, ni en general es promovida por la formación académica de carácter tecnológico o jurídico.

Todas estas circunstancias han tenido como consecuencia el establecimiento y desarrollo de iniciativas colectivas de carácter institucional realizadas por quienes están interesados en la elaboración de propuestas de informática jurídica, iniciativas que perseguían y persiguen superar las dificultades señaladas. La solución ha sido, básicamente el establecimiento de:

– Asociaciones: *IAAIL. Association for Artificial Intelligence and Law; JURIX. International Conference on Legal Knowledge and Information Systems…,* y
– Organizaciones dedicadas a generar discusión sobre el contenido de la informática jurídica por medio de distintos canales de difusión, como:

a) Congresos: *LEFIS. Red Legal Framework for the Information Society*; *FIADI. Federación Iberoamericana de Asociaciones de Derecho e Informática*; *Encontros Ibero-Americanos de Governo Eletrônico e Inclusão Digital*; *EGOVIS. Electronic Government and the Information Systems Perspec*tive; *SUBTECH, International Conference on Substantive Technology in Legal Education and Practice*, y
b) Publicaciones: i) revistas: *International Review of Law, Computers & Technology*, *European Journal of Law and Technology*, *Artificial Intelligence and Law*, *Democracia Digital e Governo Eletrônico; ii)* colecciones de libros: *SPRINGER. Law, Governance and Technology Series*, *PRENSAS UNIVERSITARIAS DE ZARAGOZA, Legal Framework for the Information Society. LEFIS Series*, *REUS EDITORIAL. Colección Derecho de las Nuevas Tecnologías*.

Estas iniciativas, destinadas a recoger y expandir los contenidos de las propuestas objeto de discusión en uno u otro momento, tienen una amplia repercusión y alcance. Otras acciones, de menor alcance y éxito, han estado centradas en la propuesta de cursos de formación y especialización.

Las perspectivas de futuro de la informática jurídica quedan aumentadas por las tres siguientes razones.

Primero, por la necesidad de atender al crecimiento de las aplicaciones desarrolladas en el ámbito jurídico en todos los países por empresas multinacionales e instituciones propias de cada país, y por la creciente promulgación de normas que regulan el uso de las aplicaciones de las tecnologías de la in-

formación y la comunicación, lo que requiere satisfacer permanentemente la elaboración de propuestas de informática jurídica.

Segundo, por la necesidad de realizar aportes reflexivos/críticos desde un conocimiento profundo del Derecho, a profesionales del Derecho que admiten y proponen por razones de eficiencia una masiva introducción de las tecnologías de la información y comunicación en la práctica diaria de los procedimientos jurídicos, sin asumir, en muchas ocasiones, una conciencia clara de la trascendencia y consecuencias que comporta lo que propugnan.

Tercero, por la transformación de la formación que, como prescriben los cambios realizados por el proceso europeo de reforma de la enseñanza superior, el *proceso de Bolonia*, exige impartir enseñanzas a partir del conocimiento y práctica en las competencias y habilidades propias de las profesiones existentes, entre ellas las que se ejercen en el mundo jurídico, y del previsible cambio de las mismas que se produce en un mundo señalado por el desarrollo tecnológico y la globalización, lo que augura, por la expansión de aplicaciones o programas y normas, una fuerte atención al estudio del contenido propio de las propuestas de informática jurídica, siempre que sean realizadas de forma interdisciplinar y respetuosa con los requerimientos propios, teóricos y prácticos, de los objetos de estudio de los que trata: *la aplicación de las tecnologías de la información y la comunicación, y la promulgación del Derecho que regula sus consecuencias.*

[Como en otros muchos ámbitos, la COVID-19 exige una adaptación de las actividades jurídicas al teletrabajo y a la utilización de herramientas informáticas.]

BIBLIOGRAFÍA

Bing, J.: *Handbook of Legal Information Retrieval*. Oslo: Norwegian Research Center for Computers and Law, 1984.

Davara, M. A.: *Manual de Derecho Informático*. Pamplona: Aranzadi, 2015.

Lefis Series, Prensas Universitarias de Zaragoza, http://puz.unizar.es/240-lefis-series (visitado el 26 de julio de 2019).

Martínez González, M.ª M.: *Informática jurídica para estudiantes de Derecho*. Madrid: Tecnos, 2014.

Paliwala, A.: *A history of legal informatics*. Zaragoza: Prensas Universitarias de Zaragoza, 2010.

Pérez Luño, A. E.: *Manual de Informática y Derecho*. Barcelona: Ariel, 1996.

Steinmüller, W.: *ADV und Recht: Einführung in die Rechtsinformatik und das Recht der Informationsverarbeitung*. Berlin: Schweitzer, 1976.

Tapper, C.: *Computer Law*. London: Longman, 1989.

Fernando Galindo Ayuda
Catedrático de Filosofía del Derecho
Universidad de Zaragoza

VER TAMBIÉN: ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA / AGENDA DIGITAL / BIG DATA / DATOS PERSONALES / DERECHO PROCESAL / JURISPRUDENCIA / MÉTODO JURÍDICO / OLVIDO (Derecho al) / **PANDEMIA: PERSPECTIVA JURÍDICA** / **PANDEMIA: PERSPECTIVA SOCIOLÓGICA** / REGISTROS JURÍDICOS

IGUALDAD ANTE LA LEY

La igualdad es un valor de los Estados liberal-democráticos que las Constituciones reconocen (art. 1.1 CE). Es estructural en el Estado constitucional: una de sus razones de ser. La igualdad se presume mientras cualquier diferencia de trato debe ser justificada. Los ciudadanos abandonaron el estado de naturaleza para construir mediante un contrato social una comunidad política donde fueran libres e iguales. Las tesis contractualistas sobre la justificación del origen del Estado se fundan en la igualdad.

Toda igualdad es relacional. Supone una comparación entre dos términos o situaciones *(tertium comparationis),* para cerciorarse de la conformidad de una cosa con otra y, en este sentido, tiene una dimensión unitaria. Lo igual es fungible o equivalente, y la igualdad no deja de ser un mediador de complejidad: elegir y crear grupos o realidades es simplificar. Pero la igualdad es, en nuestros días, sobre todo un rompecabezas. Pues no se consagra en una única norma, sino que se descompone en un conjunto de reglas y principios, a veces de problemática selección, y cuya aplicación puede producir resultados contrarios; así ocurre al usar la igualdad normativa o la real. Esta es la paradoja. La igualdad de los modernos se ha enriquecido, pero también se ha fragmentado. Son muchos los tipos de igualdad o proyecciones sobre específicas materias que la Constitución contempla en sus arts. 1.1,9.2, 14, 23.2, 32, 39.2, 139.1 y 149.1.1. La moderna Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (capítulo III, intitulado «igualdad») contiene hasta siete normas de igualdad: igualdad ante la ley; no discriminación; diversidad cultural, religiosa y lingüística; igualdad entre hombres y mujeres; derechos del menor; derechos de las personas mayores e integración de los discapacitados.

Entendida como igualdad ante la ley, jurídica o normativa*,* es un derecho fundamental de las personas que puede reconocerse de forma separada o junto a la prohibición de discriminación. La igualdad ante la ley supone que las personas no pueden ser tratadas de manera diferente por las leyes si no existe una justificación fundada, esto es, razonable y proporcionada. A la par se prohíben discriminaciones, es decir, diferencias arbitrarias fundadas en motivos sospechosos y socialmente injustificables como pueden ser la etnia, la edad, el nacimiento, el género, la orientación sexual, la opinión, la religión o cualquier otra circunstancia personal o social (art. 14 CE). El Convenio Europeo de Derechos Humanos prohíbe la discriminación y manda que los derechos allí reconocidos se ejerzan sin distinción alguna basada en ciertas razones subjetivas que vienen vedadas (art. 14). Todavía discutimos si estos dos principios son cosas distintas o la misma, en todo caso mantienen una relación complementaria y tanto la igualdad ante la ley como el principio de prohibición de discriminación configuran normas de igualdad. El crecimiento del Derecho antidiscriminatorio en numerosas normas internacionales, de la Unión Europea y de Derecho interno, es uno de los rasgos de nuestro tiempo y obliga a suscitar la igualdad entre grupos como otro factor añadido.

La igualdad ante la ley se comprende bien reconstruyendo la historia del dogma**.** Se construye con las revoluciones burguesas de finales del siglo XVIII y principios del XIX que acaban con la situación de un Antiguo Régimen que se caracterizaba por la consagración de la desigualdad, derivada de una Constitución histórica, fundada en el privilegio, los estamentos y las leyes personales o territoriales. Una desigualdad

acrecentada por la aplicación arbitraria de las mismas. Pensadores ilustrados como fueron Jean-Louis de Lolme o madame de Staël nos enseñaron la importancia de que las leyes o las Constituciones fueran no solo escritas sino aplicadas de manera igualitaria. El constitucionalismo liberal superará la legitimidad histórica y proclamará la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley: unos mismos Códigos para toda la nación.

La igualdad ante la ley se asienta en la cultura del imperio de la ley y del Estado de Derecho y se entremezcla con el principio de legalidad. Reclama leyes abstractas y generales frente al beneficio o perjuicio que a menudo entrañan las leyes singulares o *ad personam*. Se introducen imperativos de racionalidad en la idea de ley: *auctoritas non potestas facit legem,* en contra de lo que pensaba Hobbes. Si bien esta dualidad se mantiene en permanente tensión. Los derechos fundamentales, y la igualdad entre ellos, no consienten leyes que tengan por única finalidad condicionar su ejercicio para uno o varios casos. Pese a que asistimos a una inflación normativa que se ha descrito como la fábrica de las leyes: una facturación industrial y precipitada de productos defectuosos con innumerables patologías. Sin embargo, la ley debe ser racional o justa y no puede ser arbitraria como aspiración irrenunciable de todo Estado de Derecho. La idea formal de ley que la Constitución española recoge necesita complementos materiales y la igualdad ante la ley es uno de ellos.

La garantía de estos imperativos de racionalidad e igualdad ha encontrado natural acomodo en los controles de constitucionalidad y convencionalidad de las leyes, en especial después de la Segunda Guerra Mundial. La obra de la mayoría que aprueba la ley con indiferencia ante la igualdad puede ser revisada en su validez. Desde esta perspectiva, la igualdad se ha reconducido en buena medida a la aplicación del juicio y principio de proporcionalidad.

La ley ha sido destronada, por un lado, se ha descompuesto en una pluralidad de tipos de leyes de difícil deslinde en la práctica, y, por otra, el monopolio parlamentario de aprobación de las leyes ha desaparecido y la potestad legislativa se comparte con la Unión Europea y los entes territoriales internos. Integración y descentralización son dos procesos compatibles, pero en sentido contrario, que fragmentan la potestad legislativa y pueden crear conflictos en la desigualdad en los derechos de los ciudadanos dentro de una nación a causa de una diversidad de leyes territoriales inevitablemente heterogéneas. El problema es cuánto pluralismo territorial y diferenciación puede soportar la igualdad de los ciudadanos en un mismo ordenamiento jurídico.

La igualdad ante la ley es asimismo una norma de cierre del ordenamiento jurídico: un criterio legiferante. Tiene un acusado carácter expansivo y transversal. Se proyecta sobre la elaboración de toda clase de normas tanto en sus contenidos reguladores como en su estructura normativa: filiación, cónyuges, pensiones, retribuciones, acceso a los cargos y funciones públicas, perspectiva de género, impuestos, etc. Así v.gr. la creciente práctica de impuestos selectivos para un colectivo específico de contribuyentes suscita una controversia a la luz de las exigencias de la igualdad ante las leyes tributarias.

Es también, como todo derecho subjetivo, un derecho reaccional que permite al titular ubicarse en una situación jurídica activa y defenderse frente a las interferencias. Su aplicación requiere singulari-

zar un término válido de comparación en la misma ley que evidencie la discriminación. La igualdad no impide que se ofrezca un tratamiento desigual a lo largo del tiempo en virtud de sucesivos cambios normativos y no obstaculiza la transformación de los ordenamientos jurídicos: no congela y perpetúa los derechos adquiridos. Pero no puede vindicarse la igualdad desde la ilegalidad o el incumplimiento de la ley.

Posterior en su génesis, el primer tercio y mediados del siglo XX, es la igualdad real, efectiva, material o sustantiva. Un principio que informa los Estados sociales y posee una dimensión dinámica: los poderes públicos deben promover condiciones para que la libertad y la igualdad de los individuos y los grupos sociales en que se integran sean reales y efectivas, y remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud (art. 9.2 CE con origen en el art. 3.2 de la Constitución italiana). Contempla un mandato promocional a los poderes públicos y una norma de fines, no un verdadero derecho fundamental. No es esta una igualdad de trato normativo, tratar igual a los ciudadanos, sino que reclama ordenar de forma distinta a quienes no son iguales en la realidad, y avanzar dictando medidas y realizando acciones positivas hasta que lo sean. Una obligación positiva del legislador de compensar a los rezagados y desiguales, tratándoles desigualmente para equipararlos. La idea de igualdad real legitima un trato desigual en las leyes con el fin de garantizar una igualdad de oportunidades a individuos y grupos vulnerables o en situaciones de desventaja: personas discapacitadas, desempleados, jóvenes, ancianos, etc. El dilema reside en que cuánto más avancemos en igualdad real más dañada puede quedar la igualdad jurídica y resulta preciso al legislador elegir dentro de su libertad de configuración normativa.

BIBLIOGRAFÍA

Carmona, E.: «El principio de igualdad material en la jurisprudencia del TC», en *Revista de Estudios Políticos*, 84 (1994).

Luchaire, F.: «Un Janus constitutionnelle: l´égalité», en *Revue de Droit Public* (1986).

Rey, F.: «Igualdad y prohibición de discriminación: de 1978 a 2018» en *Revista de Derecho Político*, 100 (2017).

Rodríguez Piñero, M.; Fernández López, M.ª F.: *Igualdad y discriminación*. Madrid: Tecnos, 1986.

Martínez, J. I.: «El principio de igualdad y la producción de diferencias en Derecho», en *Anuario de Derechos Humanos*, 6 (1990).

Rubio Llorente, F.: «Igualdad», en Manuel Aragón (dir.), *Derechos fundamentales y su protección*, tomo III. Madrid: Thomson Reuters Civitas, 2011.

Javier García Roca
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad Complutense

VER TAMBIÉN: ARBITRARIEDAD / CONSTITUCIÓN / DEMOCRACIA / DERECHO CONSTITUCIONAL / DERECHOS FUNDAMENTALES / ESTADO CONSTITUCIONAL / ESTADO DEMOCRÁTICO / ESTADO SOCIAL / PRINCIPIOS Y VALORES CONSTITUCIONALES

INDULTO

El indulto es una forma de clemencia institucional que exime discrecionalmente de los efectos de una pena o sanción judicialmente impuesta. Constituye una modalidad de renuncia al *ius puniendi* estatal por parte de la autoridad u órgano al que el ordenamiento atribuye tal forma de perdón; pero no elimina la constancia de la comisión del ilícito, como sí hace la otra forma característica de ejercicio de clemencia institucional que es la amnistía.

La clemencia en forma de indulto admite diversos tipos. General o particular, atendiendo no al número de beneficiarios, sino a su indeterminación o singularización. Total o parcial, en función de la extensión del beneficio sobre la pena, incluyéndose en la segunda modalidad la conmutación de la impuesta por otra más benévola. Condicionado (a que el beneficiado cumpla ciertos requisitos en un determinado tiempo: típicamente el de no cometer delito durante un tiempo determinado) o incondicionado. Y anticipado o *post sententiam*, el primero concedido tras una sentencia definitiva pero aún susceptible de recurso, el segundo concedido tras sentencia firme; este segundo resulta el supuesto por definición, mientras que la posibilidad del primer tipo es puesta en duda por diversa doctrina.

Entendida la clemencia generalizadamente como un residuo histórico propio de las Monarquías absolutistas, aunque su existencia es muy anterior, su admisibilidad viene resultando desde la Ilustración una *vexata quaestio* que enfrenta a los más diversos y reconocidos filósofos políticos y juristas que se han ocupado de ella. La consolidación del Estado constitucional de Derecho supuso un contexto que incide radicalmente en su justificación, pues, en un gobierno de leyes y no de hombres como es aquel, resulta manifiestamente difícil encajar una potestad de ejercicio meramente voluntario y de resultado aleatorio como es este. Razón que explica una concepción cada vez más restrictiva de dicha potestad, que propugna su uso realmente excepcional y para supuestos de carácter general y objetivo (de justicia llamada transicional o de pacificación de Estados tras largos enfrentamientos civiles). Contribuye notablemente a esta concepción restrictiva el perfeccionamiento de la legislación penal con medidas sustitutivas que permiten lograr los resultados más propiamente perseguidos con el indulto (atenuar el rigor de las penas, atender a las circunstancias evolutivas o sobrevenidas específicas del condenado).

Con todo, ha apuntado ya desde hace mucho parte de la doctrina jurídica y filosófica más conspicua que parece difícil concebir un sistema tan perfeccionado que permita no ya la imposibilidad, sino meramente la impropiedad de contemplar el indulto como instrumento idóneo para solventar inevitables supuestos patológicos, además de para contribuir a otras finalidades calificables genéricamente como de utilidad o conveniencia pública. Y aunque ciertamente no quepa descartar que tal institución termine desapareciendo, la constatación tanto de su permanencia generalizada en el Derecho comparado como de que no se vislumbran propuestas de supresión por parte de movimientos políticos o sociales relevantes, inclina a aventurar una prolongación importante de su vigencia. En suma, acaso pueda pensarse

que se está ante una institución que, de haberse planteado tras la consolidación del Estado de Derecho, no hubiera podido tener lugar; pero, existente desde tiempo inmemorial, extendida como pocas y, sobre todo, asumida por los textos constitucionales modernos, su permanencia por un plazo cuyo final no se avizora hoy solo parece depender de un uso apenas medianamente prudente de la misma.

Pero esa misma constatación de la subsistencia y asimilación por las Normas Fundamentales de la institución del indulto en Estados constitucionales de Derecho plenos, conlleva problemas que, evidentemente, no conllevaba en los regímenes en los que resultaba caracterizadora de quien ostentaba el poder, contribuyendo, en forma de justicia retenida, incluso al mayor prestigio del *legibus solutus*. De entrada, en el Estado constitucional resulta imperiosa la necesidad de previsión constitucional explícita de la gracia del indulto para entenderla legítima, desde el momento en que, si un régimen constitucional se caracteriza por la división de poderes, el ejercicio de la gracia del indulto por quien le está atribuida afecta de forma esencial la labor más propia del Poder Judicial (personificado en cada juez), consistente en ejecutar lo juzgado. Que tal atribución corresponda de habitual al Ejecutivo (es excepción que corresponda al Legislativo: Suiza o Uruguay, p. ej.; la Constitución española de 1931 atribuía esta facultad de indultar al Tribunal Supremo) solo es admisible en el Estado constitucional porque la Norma Fundamental así lo prevé expresamente.

Sentado lo cual, la principal cuestión que plantea la previsión del indulto en el seno del Estado de Derecho es su compatibilidad con la premisa que funda tal tipo de Estado: el gobierno de las leyes y no de los hombres; o, formulado de otro modo, la inviabilidad de que el ordenamiento permita la arbitrariedad del poder público. Lo que lleva derechamente al problema del control jurídico del indulto, desde el momento en que, como ya dijimos, la característica de este es su discrecionalidad, con el complejo dilema que comporta la contraposición de la naturaleza de la gracia del indulto a la naturaleza del Estado de Derecho. No es problemático el control externo de la medida (competencia del órgano que lo concede, ilícitos respecto de los que se otorga, trámites para su concesión, extensión de sus efectos, etc.) que, en tanto recae sobre elementos reglados por las leyes o la Constitución, podrán efectuarlo los jueces. Sí lo es el control interno, el de la razón por la que se concede el beneficio a quien se le concede, pudiendo añadirse a este, en su caso, el de la denegación del mismo beneficio a quien se hallare en situación idéntica o sensiblemente similar.

Lo hasta aquí expuesto desde una perspectiva abstracta en tanto que común a todo Estado de Derecho, se proyecta en el sistema español conforme a la peculiaridad de su correspondiente regulación sobre el indulto. Comenzando por su reconocimiento constitucional como atribución formal del Rey [art. 62.i) CE] que, con las limitaciones que se disponen en la misma Constitución [prohibición de indultos generales, de iniciativa legislativa popular en materia de gracia y de aplicación de esta a los supuestos de responsabilidad criminal de los miembros del Gobierno: arts. 62.i), 87.3, 102.3 CE, respectivamente], dispone que su «ejercicio» ha de tener lugar «con arreglo a la ley» [art. 62.i) CE]. Esta sigue siendo actualmente la Ley de 18 de junio de 1870, reguladora del ejercicio del derecho de la gracia de indulto, reformada por Ley 1/1988, de 14 de enero –que suprime la

motivación de la concesión que venía indicada hasta ese momento en su art. 30–, y por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo; con su complemento del R. D. 1879/1994, de 16 de septiembre, acerca del plazo en materia en procedimientos de gracia; a ella ha de sumarse la legislación penal y procesal penal correspondiente (art. 4.3 y 4 CP; arts. 664 y concordantes LECrim.) y el Reglamento penitenciario (arts. 193, 202, 206). Lo más relevante en el sistema español, no obstante, es el control que el Tribunal Supremo ha ejercido por vez primera sobre su ejercicio en la sentencia del Pleno de la Sala Tercera de 20 de noviembre de 2013, que concitó la disidencia de numerosos integrantes de las misma y que generó la consiguiente polémica doctrinal; pero que en todo caso ha supuesto abrir una posibilidad insospechada hasta ese momento durante el casi siglo y medio de vigencia de la Ley reguladora del ejercicio de la gracia de indulto.

BIBLIOGRAFÍA

Aguado Renedo, C., *Problemas constitucionales del ejercicio de la potestad de gracia*. Madrid: Civitas, 2001.

Birkhoff, H.; Lemke, M.: *Gnadenrecht, Handbuch*. München: C. H. Beck, 2012.

Carracedo Carrasco, E., *Pena e indulto: una aproximación holística*. Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi, 2018.

Novak, A., *Comparative executive clemency: the Constitutional pardon power and the prerogative of mercy in global perspective*. London: Routledge, 2016.

Ruiz Fabri, H., *et al.*, dirs.: *La Clémence saisie par le Droit. Amnistie, prescription et grace en Droit International et Comparé*. Paris: Société de Législation Comparée, 2007.

César Aguado Renedo
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad Autónoma de Madrid

VER TAMBIÉN: ARBITRARIEDAD / DERECHO PENAL / ESTADO DE DERECHO / JUECES Y MAGISTRADOS / JURISDICCIÓN PENAL / POLÍTICA CRIMINAL / TRIBUNAL SUPREMO

INTERÉS GENERAL

Reflexionar sobre lo que ha de ser el «interés general» ha sido –y sigue siendo– un asunto que ha preocupado desde antiguo a pensadores e intelectuales, pues su invocación permite legitimar la actuación del poder. Ya sea un acuerdo dadivoso, ya una decisión autoritaria, la apelación al interés general presume su legitimidad. Sin embargo, acotar su concepto encerrándolo dentro de un vallado formado por unas estacas de firmes precisiones resulta complejo. Porque tal locución se extiende de manera amplia hacia todos los puntos cardinales. Y ello por su propia esencia, ya que esos intereses reflejan necesidades de los ciudadanos que conviven, así como sus anhelos de un futuro en paz, libertad, justicia y bienestar, valores todos estos que se mencionan en los preámbulos y preceptos de los textos jurídicos básicos como son la Constitución y el Tratado de Lisboa.

Advirtamos ya de entrada que es en el seno del ordenamiento jurídico donde debemos asentar su significado. Sin desconocer la tremenda carga ideológica que esta expresión encierra, los juristas hemos de movernos y utilizar las adecuadas técnicas jurídicas con el fin de aclarar los conceptos máxime cuando constituyen el basamento del buen Derecho, como ocurre con la justicia o, en este caso, el interés general.

La Constitución Española enseña que es la razón misma del actuar de las Administraciones Públicas (art. 103), pero también proyecta su exigencia sobre la actuación de todos los poderes públicos a los que está vedada la arbitrariedad en un Estado de Derecho.

Sabemos que ese interés general ha de representar un beneficio, un provecho a la comunidad, para el común de los ciudadanos. De ahí el uso en otras ocasiones de la voz «interés común» e, incluso, «interés público», expresión esta que tiene varias acepciones porque, dependiendo del contexto, puede contraponerse a los intereses particulares o, por el contrario, englobarlos.

En ocasiones, tal provecho para la sociedad en su conjunto se advierte con claridad y de manera inmediata en las decisiones del poder –caso de las medidas para evitar la propagación de una epidemia–. En otras, es el efecto secundario de un acuerdo que ha favorecido en primer término a un ciudadano o empresa, a quien se le ha otorgado, por ejemplo, una subvención, porque ello beneficiará al desarrollo social de manera indirecta.

Del mismo modo, ha de recordarse que no es exclusivo del poder público ocuparse de los intereses generales. Son muchos los ejemplos en los que particulares, por su propia iniciativa altruista, constituyen una fundación o empresarios privados que gestionan concesiones de servicios públicos o que prestan servicios considerados desde la normativa de la Unión Europea como «de interés general».

La descentralización hace, por su parte, necesaria la convivencia de varios escalones o niveles de intereses que han de saber integrarse a través de adecuadas técnicas de colaboración o cooperación, lo que no es siempre fácil ante las tensiones que implica el ejercicio del poder. Buena muestra son los conflictos de competencias que atienden el Tribunal Constitucional y los jueces y tribunales del orden contencioso-administrativo. Es cierto que,

en principio, la Constitución apunta en muchas ocasiones a que la existencia de un «interés general» atrae la competencia exclusiva de las Cortes Generales o la actuación de la Administración General del Estado (caso, entre otros, de las obras públicas de interés general que acoge el art. 149.1.24). Pero también el Tribunal Constitucional ha precisado que el legislador ha de respetar la distribución de competencias y así, por ejemplo, no perpetuar la gestión por parte de Renfe de todas las líneas ferroviarias invocando sin más el interés general (sentencia 245/2012, de 18 de diciembre). No obstante, insistamos: son el Estado y sus órganos constitucionales los que han de velar por proteger ese delicado interés, como se ha destacado en la sentencia del Tribunal Constitucional 90/2019, de 2 de julio, al analizar las medidas aplicadas a la Comunidad Autónoma de Cataluña al amparo del artículo 155 de la Constitución.

Y es que fuera de la Constitución no hay, en términos jurídicos, espacio para el «interés general».

Engastado en su esencia está el carácter de ser un concepto *abierto e indeterminado*. El Tribunal Constitucional lo subrayó tempranamente. Así, en su sentencia 68/1984, de 11 de junio, declaró que «la facultad atribuida por la Constitución al Estado para definir el interés general, concepto abierto e indeterminado llamado a ser aplicado a las respectivas materias, puede ser controlada, frente a posibles abusos y *a posteriori* por este Tribunal». Porque esta es otra idea que ha de resaltarse: el interés general legitima la actuación pública, pero de manera simultánea ofrece los contornos que la limitan. Su invocación no puede encender una luz cegadora. La actuación del poder público apelando a ese interés común ilumina nuevas perspectivas de provecho conjunto, de cómo se han integrado otros intereses particulares o sociales en las decisiones públicas siempre observando las adecuadas pautas jurídicas. De ahí su sometimiento al control judicial.

Existen abundantes pronunciamientos que analizan en cada conflicto si convergen las circunstancias específicas para admitir la existencia de un interés general ante tantos y tan diversos acuerdos que exige la acción pública. Y así, los tribunales de Justicia, atendiendo al contexto, valoran sus hechuras, su engarce con facultades discrecionales o, por el contrario, si se ha incurrido en desviación de poder o arbitrariedad... Las situaciones son numerosas y de ahí el pragmatismo judicial que encontramos en las sentencias.

Pero no debemos quedarnos con la impresión de que el principal problema es su casi inabarcable delimitación. Lo que debe preocupar a un jurista es que no se invoque en vano. Que ese pebetero en el que arde la llama del interés común no sea secuestrado por otros intereses partidarios o sectarios que traten de imponer su estrábica mirada.

Nada sencillo es, por ello, componer tantos intereses particulares que, además, como la vida misma, van mudando. Las Cortes Generales, lo mismo que las Administraciones Públicas, mantienen en su organización y en sus procedimientos cauces y poros suficientes para que intereses particulares o de concretos grupos sean escuchados y atendidos, pero sin que se conviertan en caballos de Troya que pongan en peligro los intereses del conjunto.

Existen riesgos conocidos. Por ejemplo, advertimos en el debate político una fragmentación –a veces, digámoslo con claridad, un sectarismo– que amenaza

el leal respeto a los intereses comunes. Del mismo modo, se percibe la ocupación de tantos puestos en las Administraciones Públicas sin haberse observado los procedimientos públicos y competitivos. Se comprenderá que ello desencadena dudas bien punzantes acerca de la existencia cabal de una actuación neutral y objetiva. Aparecen nuevas modas de «gobernanzas» falaces que sientan alrededor de una mesa intereses grupales sin que nadie represente el interés general; de la misma forma que proliferan organismos técnicos reguladores que, con la justificación de evitar la politización de un sector, permiten que poderosos grupos económicos puedan coger la batuta para dirigir la melodía que ha de bailarse.

Hace décadas preocupaba a Forsthoff lo difícil que era defender el interés general porque, siguiendo su imagen, una densa «niebla democrática» ocultaba la simple estación de maniobras de intereses en que puede convertirse el Estado. Función del jurista es advertir tales riesgos y perseverar –con mirada limpia– en la defensa del interés general y común, fundamento sobre el cual ha de construirse una sociedad abierta, libre y fecunda en sus decisiones colectivas.

BIBLIOGRAFÍA

Bermejo Vera, J.: «El interés general como parámetro de la jurisprudencia constitucional», en *Revista Vasca de Administración Pública*, 10 (1984).

Forsthoff, E.: *El Estado de la sociedad industrial*. Madrid: CEPC, 1975.

García de Enterría, E.: «Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, 89 (1996).

González Hernández, E.: «El principio de preservación del interés general», en *Deontología, principios jurídicos básicos e igualdad*. Madrid: Tecnos, 2016.

Muñoz Machado, S.: *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. La formación de las instituciones públicas y su sometimiento al Derecho*. Madrid: Iustel, 2004.

Nieto, A.: «La Administración sirve con objetividad los intereses generales», en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Prof. García de Enterría*. Madrid: Civitas, 1991. Vol. 3.

Sainz Moreno, F.: *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*. Madrid: Civitas, 1976.

Sánchez Morón, M.: *Derecho Administrativo*. Madrid: Tecnos, 2018.

Mercedes Fuertes
Catedrática de Derecho Administrativo de la Universidad de León
Vocal Permanente de la Comisión General de Codificación

VER TAMBIÉN: ADMINISTRACIONES PÚBLICAS / ARBITRARIEDAD / BUEN GOBIERNO / BUENA ADMINISTRACIÓN / COMUNIDADES AUTÓNOMAS / DERECHO ADMINISTRATIVO / ESTADO DEMOCRÁTICO / ESTADO NEUTRAL / ORDENAMIENTO JURÍDICO / SERVICIO PÚBLICO

INTERPRETACIÓN JURÍDICA

Todo ámbito jurídico es descomponible en un conjunto de procesos comunicacionales de diverso tipo pero relacionados entre sí. El proceso comunicacional constituyente concluye en el texto constitucional; el legislativo se concreta en el texto de la ley; el administrativo, en el texto del acto administrativo; el negocial, en el texto del negocio jurídico (contrato, testamento, etc.); el judicial, en el texto de la sentencia. No solo tienen carácter comunicacional los procesos generadores de material potencialmente normativo. Lo tienen asimismo los actos y las omisiones, las situaciones y relaciones y demás elementos que se den en el ámbito y a los que se atribuya relevancia jurídica. Por ejemplo, un delito es un acto con significado comunicacional: quien lo comete está lanzando un mensaje a la sociedad, consistente en que no acepta las normas del Derecho, sino que las transgrede. Frente a ese mensaje transgresor, la sociedad responde con el proceso penal y la correspondiente sanción, con lo cual transmite el mensaje contrario, consistente en que quien comete un delito lo paga. En suma: todo lo que se da en un ámbito jurídico es susceptible de contemplarlo como un fenómeno de comunicación. Ahora bien, la comunicación solo es posible mediante la comprensión, y esta, a su vez, requiere de la interpretación. Comunicación, comprensión e interpretación son aspectos que se implican recíprocamente.

El positivismo legalista puso el acento en la interpretación de las leyes, pero esto es tan solo una dimensión del fenómeno interpretativo; pues en el Derecho cualquier aspecto necesita de la interpretación para comprenderlo y para calificarlo jurídicamente. Se interpretan las leyes y los contratos, los actos y las omisiones, las situaciones y las relaciones, los textos potencialmente normativos y los textos doctrinales, lo lícito y lo ilícito, los textos de las autoridades y los textos de los operadores jurídicos. Todo, absolutamente todo, en el Derecho es objeto de interpretación, puesto que sin interpretar es imposible comprender; y sin comprender es imposible aplicar o decidir con criterio razonado. Por esta razón la expresión tradicional «la interpretación *del* Derecho» (que suponía la reducción del Derecho a la ley, y la interpretación jurídica a la interpretación de la ley) ha de ser sustituida por la de «interpretación *en* el Derecho». La interpretación está omnipresente en todo lo jurídico.

Ahora bien, interpretar es construir el sentido o significado de aquello que se interpreta. Por tanto, una teoría de la interpretación jurídica conlleva necesariamente una teoría de la construcción de significados. Tanto la ciencia de los juristas como los procesos de decisión de los operadores jurídicos (sean estos los que sean) suponen una tarea de construcción hermenéutica. En el trabajo de un juez entra tanto la interpretación de preceptos como la interpretación de los hechos (mejor dicho, de las pruebas e indicios sobre los hechos). Esto mismo sucede en el caso de los demás operadores jurídicos, al poner en contacto textos dotados de autoridad normativa y hechos, con el objetivo de enjuiciar, resolver, aconsejar, plantear una estrategia, o cualquier otra operación con sentido jurídico dentro de un determinado ámbito.

En el Derecho la interpretación constructiva es omnipresente. Por eso suele decirse que el Derecho es una *práctica social interpretativa*.

En la Historia del Derecho y del pensamiento jurídico la interpretación de los

textos legales ha recibido tratamientos muy dispares. Desde la máxima desconfianza hacia ella hasta la conciencia de su necesidad absoluta en todo momento. La desconfianza ha solido surgir tras una ardua tarea codificadora (p.ej., tras la codificación justinianea, o tras la codificación posterior a la Revolución francesa), pues al considerarse que el Código era perfecto, el corolario tenía que ser que no precisaba de interpretación. La conciencia de su necesidad absoluta ha sido consecuencia de la decepción ante el fenómeno codificador surgida posteriormente a su exaltación desmesurada (p. ej., movimiento del Derecho libre, sociologismos jurídicos), pues la complejidad de la vida humana siempre supera con creces lo previsto por las leyes.

Hay dos situaciones típicas respecto de las cuales la Teoría del Derecho ha elaborado la teoría de la interpretación: la situación de la ciencia de los juristas (Ciencia del Derecho, dogmática jurídica) y la situación propia de los procesos de decisión de casos (paradigmáticamente, los procesos judiciales). La Ciencia del Derecho es una disciplina interpretativa, conceptualizadora y sistematizadora. Su tarea consiste en construir el sistema jurídico, o la parte del sistema jurídico que le corresponda de acuerdo con la división del trabajo: los subsistemas del Derecho Constitucional, del Administrativo, del Civil, del Penal, etc. No se plantea resolver un caso concreto, sino que se maneja con un «horizonte casuístico» (en el que caben casos reales e imaginarios). La segunda situación típica es la de los procesos decisionales, en especial los judiciales. Estos interpretan los textos jurídicos aplicables y las circunstancias del caso. Un caso es una situación de la vida con aspectos jurídicamente relevantes que se presentan como problemáticos, y que precisa de una decisión del órgano competente para darle una solución.

La interpretación jurídica es de diversas clases atendiendo a distintos criterios: A) Por el tipo de texto objeto de interpretación (constitucional, legal, reglamentaria, etc.). B) Por el sujeto que interpreta (auténtica u ordinaria; doctrinal). C) Por el alcance de la interpretación (extensiva, restrictiva, analógica). D) Por la meta de la interpretación (subjetiva: se propone hallar la voluntad del autor del texto; objetiva: tiende a encontrar el significado del texto en sí mismo).

En cada ámbito jurídico dominan unos u otros criterios para interpretar (principio de relatividad), pero es ya una tradición que se remonta a la escuela histórica distinguir cuatro tipos o cánones: la interpretación literal, la histórica, la sistemática y la finalista (o teleológica). La primera se propone desentrañar el sentido natural de las palabras; la segunda tiene en cuenta los antecedentes para comprender la evolución y los cambios de la institución investigada; la tercera se ayuda del «lugar» propio del precepto que se interpreta en el marco del sistema jurídico; por último, la finalista se propone indagar la finalidad del texto. Esta finalidad depende de que se investigue lo que se propuso el autor del texto *(voluntas legislatoris),* o bien, por el contrario, lo que se supone que es la intención objetiva del texto *(voluntas legis).* A estos cuatro cánones clásicos se les suele añadir el sociológico, a tenor del cual el intérprete ha de tener en cuenta la realidad social de referencia del precepto. Entre los cánones clásicos no hay una jerarquía, sino que constituyen todo ellos pautas de interpretación que, en su conjunto, deben conducir a una clarificación de los textos. No obstante, se suele señalar el criterio finalista como el que aúna o dota de sentido definitivo a los demás.

Los ordenamientos jurídicos modernos suelen contener preceptos interpretati-

vos. Estos preceptos tienen diverso alcance. Unos van dirigidos a suministrar pautas interpretativas generales para determinar el sentido de las leyes (por ejemplo, en el Derecho español los arts. 3 y 4 CC). Otros para interpretar los textos de los negocios jurídicos (por ejemplo, los arts. 1281 a 1289 CC para los contratos en general, y el art. 57 CCom para los contratos mercantiles; así también para las disposiciones testamentarias, el art. 675 CC). También es frecuente que determinados preceptos «definan» el sentido de palabras y conceptos usados en los textos jurídicos.

La interpretación de textos normativos ha de llevarse a cabo teniendo en cuenta el principio de jerarquía normativa, y dentro de ella, la primacía de la Constitución, así como, por regla general, de los tratados internacionales. Igualmente, en la interpretación han de estar presentes los principios generales del Derecho debido a su carácter «informador» del ordenamiento jurídico: además de ser fuente supletoria, representan el «espíritu de las leyes», su sentido último.

Asimismo, se ha de tener en cuenta la pertenencia a una parte específica del ordenamiento, por ejemplo, si se interpretan textos jurídicos del Derecho Civil o Penal. En aquel se permite la analogía, mientras que en este último se prohíbe (aunque se admite la llamada «interpretación extensiva», de difícil deslinde respecto del argumento analógico). En particular, la interpretación de la Constitución tiene características propias.

Hay autores que son proclives a vincular la interpretación con lo que denominan «lógica jurídica». La realidad es que el razonamiento jurídico no es lógico, sino argumentativo. La lógica es una disciplina formal, siendo su expresión máxima la lógica matemática. La argumentación no es lógica, aunque en un proceso argumentativo puedan introducirse aspectos o figuras de la lógica. La argumentación es decisional: sus conclusiones no derivan apodícticamente de determinadas premisas previas, sino que en último término dependen de la decisión que uno o varios individuos adoptan invocando para ello «razones», «fundamentos» o «motivos».

BIBLIOGRAFÍA

Alonso García, E.: *La interpretación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

De Castro y Bravo, F.: *Derecho Civil. Parte general*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1956.

— *El negocio jurídico*. Pamplona: Civitas, 2002.

Larenz, K.: *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Barcelona: Ariel, 1980.

Robles Morchón, G.: *Teoría del Derecho. Fundamentos de Teoría comunicacional del Derecho*. Pamplona: Civitas, 2015 (vol. II)

— *Retórica para juristas*. Santiago de Chile: Olejnik, 2019.

Gregorio Robles Morchón
Académico de Número de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas
Catedrático de Filosofía del Derecho

VER TAMBIÉN: CODIFICACIÓN / CÓDIGO CIVIL / CONSTITUCIÓN / CONTRATOS / DIÁLOGO DE TRIBUNALES / JURISPRUDENCIA / LENGUAJE JURÍDICO / NEGOCIO JURÍDICO / RETÓRICA JURÍDICA / TEORÍA COMUNICACIONAL DEL DERECHO

INVESTIDURA

Cuando, hace poco más de 150 años, el periodista y economista Walter Bagehot describió el funcionamiento real del modelo parlamentario inglés, subrayó que la «principal» función de la Cámara de los Comunes, «bien conocida, aunque en el lenguaje constitucional de ella no se hable, es la de ser una especie de cuerpo o colegio electoral: la Cámara… es la asamblea que elige a nuestro presidente».

No es extraño pues que la Constitución Española asuma esa idea, utilizando el término de «investidura» para denominar ese proceso electivo. Un término que, según la RAE, designa la «acción y efecto de investir», esto es, de «conferir una dignidad o cargo importante»; y cuyas raíces latinas *(in+vestire)* aluden al acto formal de vestirse con las ropas propias de un cargo o condición; en este caso, al acto (o, más precisamente, al proceso que culmina con un acto) formal a través del cual se confiere la condición de presidente del Gobierno (art. 99 CE).

De este modo, la voz «investidura» designa un elemento inherente al régimen parlamentario afirmado por el art. 1.3 CE, pero que no siempre se manifiesta (o se formaliza) de la misma manera. En efecto, aunque el sistema parlamentario descanse siempre en la relación de confianza que une al Gobierno con la mayoría parlamentaria, dicha relación puede expresarse (o no) a través de procedimientos diferentes. En este sentido, el procedimiento de investidura establecido en la CE no es, ni mucho menos, generalizable a otros regímenes parlamentarios.

En efecto, el Derecho Constitucional comparado muestra que el mismo y esencial objetivo de formar gobiernos sustentados en una mayoría parlamentaria se consigue de formas muy distintas. En este sentido, la investidura puede ser tácita o expresa, y en este último caso puede manifestarse en momentos o por órganos diferentes. De hecho, este término no aparece en otros ordenamientos, a diferencia de otras voces que designan aspectos de la relación fiduciaria comunes a casi todos los sistemas parlamentarios (cuestión de confianza, moción de censura, nombramiento...).

Pues bien: en este punto, como en tantos otros, el ordenamiento constitucional español muestra un modelo de parlamentarismo rigurosamente «racionalizado», previendo un procedimiento extremadamente rígido y minucioso que contempla la intervención formal de diversos órganos y figuras institucionales y, de este modo, «somete a la prueba decisiva de su viabilidad todo el engranaje condensado en… la Monarquía parlamentaria» del art. 1.3 (Revenga).

Obviamente, en cualquier régimen parlamentario la investidura del Gobierno ha de partir de los datos políticos suministrados por las últimas elecciones celebradas en cada país. Ahora bien: desde ese punto de partida común, nuestro ordenamiento extrema las exigencias formales del proceso –político y jurídico– que conduce a ese resultado: por un lado, los órganos y los sujetos que tienen que intervenir en dicho proceso son varios y variados (el Rey; el presidente del Congreso; el Pleno y los Gru-

pos parlamentarios de esta Cámara; los líderes de los partidos políticos con representación parlamentaria…). Por otro, su intervención ha de ajustarse a unos términos –tiempos, formas– rigurosamente detallados. Mucho más que en otros Estados que comparten la forma parlamentaria de gobierno.

Así, el procedimiento suele iniciarse con la intervención formal del jefe del Estado, tanto en regímenes monárquicos (España, Reino Unido, Bélgica, Holanda) como republicanos (Alemania, Italia). Esta intervención suele producirse tras la celebración de unas elecciones, aunque pueda deberse a otras causas, como muestran los recientes ejemplos de Gran Bretaña (tras la sustitución de la dimisionaria Theresa May por el nuevo líder del partido mayoritario, Boris Johnson) o Italia (tras la ruptura de la coalición gobernante y su sustitución por una coalición alternativa). Ahora bien: esta intervención puede manifestarse de modos muy diferentes, y el modelo español es el que, probablemente, más lo pormenoriza. Es más: es la propia Constitución la que prevé que:

1. El procedimiento se inicia *formalmente* con una fase de consultas regias «con los representantes designados por los grupos políticos con representación parlamentaria» (99.1 CE).
2. A ella seguirá una propuesta *formalizada* de un candidato «a través del presidente del Congreso» (99.1 CE).
3. Dicha propuesta inicia un proceso también minuciosamente regulado: «el candidato propuesto expondrá ante el Congreso… el programa político del Gobierno que pretenda formar» (99.2 CE), abriéndose un debate cuyos términos precisa aún más el Reglamento del Congreso (art. 171 RCD).
4. Tal debate concluye con la votación (o votaciones) que expresa[n] la confianza (o no) de la Cámara (99.2 CE). Y de nuevo la Constitución es clara: esta confianza exige «mayoría absoluta» en la primera votación o, en su caso, «mayoría simple» en la segunda, celebrada precisa y estrictamente «cuarenta y ocho horas después de la anterior» (99.3 CE).
5. Así pues, el proceso puede conducir a la investidura de un presidente de Gobierno (y a la subsiguiente formación de Gobierno) o, en caso contrario, repetirse (una o varias veces: sobre este punto nada dicen las normas) hasta que transcurra el tiempo límite (también fijo) de dos meses desde la primera votación. En este momento, el Rey ha de disolver ambas Cámaras y convocar nuevas elecciones, de nuevo «con el refrendo del presidente del Congreso» (99.5 CE).

Ningún otro modelo próximo regula con tal grado de detalle el desarrollo de este proceso. Ni, mucho menos, lo hace con rango constitucional. Aunque coincidan el principio (propuesta del jefe del Estado) y el final (nombramiento del presidente que cuenta con la confianza de la Cámara), todo el *iter* intermedio difiere.

Ello puede explicarse, en algunos supuestos, porque otras reglas del sistema facilitan una intervención «sencilla», e incluso «única»: así, cuando el sistema electoral favorece la formación de mayorías de gobierno (como suele ocurrir en Gran Bretaña y Francia) la intervención del jefe del Estado (monarca o presidente), suele limitarse a encargar al líder del partido mayoritario la formación de Gobierno, sin exigir debate ni votación formal «de investidura». Otras veces, por el contrario, la fragmentación

parlamentaria dificulta la formación de mayorías, provocando adaptaciones: así, en Bélgica o en Países Bajos han surgido, al margen de cualquier previsión constitucional, diversas figuras «instrumentales» (informadores, mediadores, formadores) que catalizan los procesos negociadores (en ocasiones, extremadamente largos) entre las diversas fuerzas políticas, hasta conseguir el apoyo mayoritario a un líder que –entonces sí– recibe formalmente el encargo regio de formar Gobierno.

Por otra parte, aunque la votación que exprese la confianza parlamentaria puede estar expresamente prevista (incluso en ambas Cámaras: art. 94 de la Constitución italiana), frecuentemente es posterior al nombramiento del Gobierno (así, en Italia, Portugal o Francia) lo que exige configurar una *mayoría negativa* para derribar al Gobierno ya nombrado; y no siempre es preceptiva (como ocurre en los dos últimos casos citados). Además, las Constituciones no suelen imponer exigencias procedimentales: entre los principales modelos europeos, y al margen de la señalada «doble confianza» exigida en Italia, solo la Ley Fundamental alemana (art. 63) requiere inicialmente la mayoría absoluta del Bundestag para elegir al canciller federal, en una votación «sin debate» y para la que –como en España– no existe plazo. La candidatura debe ser en principio propuesta por el presidente federal, pero, si no logra dicha mayoría, el Bundestag puede apoyar otra alternativa. Pasados 14 días, se celebrará «de inmediato» otra votación, donde –si no hubiese mayoría absoluta, algo que nunca ha sucedido hasta ahora– bastaría una mayoría simple, si bien el presidente podría optar por una disolución del Bundestag.

En definitiva, en los regímenes parlamentarios el término «investidura» puede designar, *lato sensu*, el proceso de designación y nombramiento del Gobierno en general, o de su presidente en particular. Pero, en un sentido más estricto, la investidura como procedimiento parlamentario específico es mucho menos frecuente y, cuando existe, presenta unos niveles de formalización (en general) y de constitucionalización (en particular) mucho menores que el español, que en este sentido resulta, pues, excepcional.

¿Justifica ello su reforma? Al margen de las dificultades obvias derivadas de la señalada constitucionalización de estas reglas, lo cierto es que solo muy recientemente se ha suscitado esta cuestión, ligada a las vicisitudes del sistema político español en los últimos años de multipartidismo. Las –diversas– propuestas planteadas no han alcanzado, además, un grado mínimo de acuerdo doctrinal. En realidad, algunas derivas recientes permiten considerar que las dificultades no proceden tanto de las reglas existentes –que son, reiteramos, extremadamente rígidas– sino de las actitudes de los actores políticos en un marco muy cambiante. De ahí que parezca razonable apuntar que «la reforma del art. 99 no es ni urgente ni imprescindible, aunque… puede abrirse el debate sobre cómo introducir algunos retoques y mejoras en el diseño constitucional vigente. Lo que sí [es]… apremiante es… una *praxis* política adecuada a un parlamentarismo plural» (Teruel Lozano).

BIBLIOGRAFÍA

Bagehot, W.: *La Constitución inglesa* (1867). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010.

Revenga Sánchez, M.: «Artículo 99», en *Comentario a la Constitución Española. 40 aniversario 1978-2018.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.

Teruel Lozano, G.: «La regulación constitucional de la investidura del presidente del Gobierno ante un nuevo escenario político», en *Revista General de Derecho Constitucional*, 25 (2017).

Ángel J. Sánchez Navarro
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad Complutense

VER TAMBIÉN: CONGRESO DE LOS DIPUTADOS / CORONA / DERECHO CONSTITUCIONAL / DIVISIÓN DE PODERES / ESTADO DEMOCRÁTICO / FORMAS DE GOBIERNO / MOCIÓN DE CENSURA / PARLAMENTARISMO / PARLAMENTOS / REPRESENTACIÓN POLÍTICA

IUSNATURALISMO

La conciencia de la existencia de normas rectoras de la vida humana que ordenan la convivencia –inconfundible con la mera coexistencia– es universal. Refleja «el orden de la existencia» (J. Messner) anterior a cualquier orden político o jurídico concreto de origen humano, pues los hombres son capaces de actos independientes de su naturaleza biológica (M. Scheler). Por eso, nunca han sido indiferentes a la bondad o maldad de los actos humanos, y aprueban o desaprueban los moralmente lícitos o ilícitos y los jurídicamente correctos o incorrectos.

Todos los seres actúan siguiendo las reglas del orden particular de su especie, subordinado empero al orden universal del *Kosmos* –lo contrario al *Kaos*– o la Naturaleza. Increado en las culturas no bíblicas, para Ulpiano *ius naturale est quo natura omnia animalia docuit.* El iusnaturalismo, el elemento civilizador por excelencia, distingue en cambio las leyes naturales que desarrollan principios inmutables y universales como una exigencia ontológica y las humanas, que deben ser como corolarios de aquellas. Así pues, el Derecho (de *directum,* lo recto en sentido moralizante bajo el cristianismo) es el conjunto de las normas jurídicas naturales insertas en los usos, costumbres y tradiciones de la conducta.

Europa, y por extensión la Cristiandad, hoy Occidente, un concepto geográfico, se constituyeron en la Edad Media bajo la *omnipotentia iuris*, una atmósfera, decía G. H. Sabine, que envolvía todas las relaciones. El iusnaturalismo singulariza políticamente la civilización occidental, pues, en las demás, hacían sus funciones las reglas de la cortesía hasta tiempos relativamente recientes.

La tradición iusnaturalista comenzó con la representación de la tragedia de Sófocles *Antígona* (411 a. C.)*,* la protagonista que apela a la justicia y las leyes de los dioses como superiores a las humanas. Alejandro Magno (331 a. C.) proclamó luego la *homonoia* (Ὁμόνοια) o concordia política para unir políticamente a los griegos y a los persas bajo las mismas leyes y aparecieron las ideas de la universalidad e igualdad de la naturaleza humana, se diluyó la concepción del hombre como animal político quedando desligados los individuos de la *pólis* o Ciudad como el organismo al que pertenecían y comenzó la especulación filosófica sobre qué normas deben regir la conducta para conseguir la concordia (*cum*, con, y *cor*, corazón), amistad civil o *consensus omnium*, destacando la escuela estoica. Y, como «la ciudad buena aspira a regirse por las leyes de los dioses» (Leo Strauss), se vislumbró la idea de legitimidad, la concordancia de las leyes humanas con las extrahumanas.

El Derecho Natural comenzó a configurarse al afirmarse la Iglesia en el espacio del universalista Imperio Romano incluyendo la Moral y el Derecho. Pues el individuo humano no se reducía para la Iglesia al personaje que representaban los actores griegos con una máscara *prósopón* (πρόσωπον, *prós*, delante de, *opon*, cara) o la persona (del etrusco *phersu*) jurídica romana: era persona en el sentido utilizado en las discusiones cristológicas. Boecio (480-525) la definió «substancia individual de la naturaleza racional» *(rationalis naturae individua substantia)* y Santo Tomás (1225-1274) como «lo más perfecto de toda la naturaleza, o sea, el existente por sí mismo de naturaleza racional» *(id quod est perfectissimum in*

tota natura, scilicet subsistens in rationali natur). «Esencia libre» (Zubiri) es sujeto moral de derechos y obligaciones, de modo que el *ius naturae* presupone la igualdad y la libertad de todos los seres humanos bajo el mismo Dios Creador del orden del mundo, incluidos los esclavos, las mujeres y los extranjeros en virtud del mandamiento, revolucionario en el mundo antiguo, «ama al prójimo como a ti mismo»: Jesús fue condenado por un delito capital contra el orden establecido.

Como el hombre es *imago Dei –quasi Deus creatus,* decía Nicolás de Cusa (1401-1464)–, las reglas morales *in corde conscripta* (San Agustín) del *ius naturae* –*ius* deriva del indoeuropeo *ishr*, sagrado–, transcripción de las divinas no reveladas (R. Brague), que rigen su conducta, legitiman las humanas. La Naturaleza, el espacio en que habitan temporalmente los hombres, es inescindible de la Historia, y para *convivir* como seres racionales libres y resolver los conflictos son necesarias leyes, adaptadas a las circunstancias. Leyes que no *deben* conculcar las morales, que les obligan solo en conciencia a responder por sus actos, mientras las leyes positivas o puestas por los hombres, les obligan a responder también materialmente de los que dañen o perjudiquen a otros hombres o a la colectividad.

Las costumbres son, como en el Derecho romano clásico, el *medio* para conocer las reglas del Derecho Natural susceptibles de positivizarse mediante la sentencia del árbitro o juez, teniendo como criterio las leyes divinas reveladas –los Mandamientos, etc.– para distinguir las costumbres lícitas permitidas por los dioses, decían los romanos, ahora por Dios Creador, el único legislador, y las ilícitas o prohibidas.

El Derecho, que protege las libertades naturales, pertenecía al pueblo depositario del poder y del *ius naturae* de origen divino cognoscible por el sentido común y la costumbre. Bajo la *omnipotentia iuris*, lo descubrían los jueces investigando en su nombre las costumbres y lo declaraban en las sentencias. El Derecho de los jueces, que incluía el *ius resistendi,* fungía espontáneamente de barrera frente a la *potestas* del poder político. Únicamente podían legislar el Papa (como *vicarius Petri),* para asuntos de índole religiosa –el Derecho canónico– y limitadamente el Emperador (como *kat'echon*) para defender la *christianitas*. El Derecho jurisprudencial empezó a transformarse en Derecho legislado, a medida que los príncipes afirmaban su natural soberanía ejecutiva frente a los poderes feudales y monopolizaban la libertad política. El punto de inflexión fue la legitimación por el Papa, agradecido a los reyes por su ayuda en la lucha de las Investiduras, de la fórmula *rex est imperator in regno suo* (el Rey es Emperador en su Reino). Al asentarse luego el Estado Soberano justificado por la doctrina de la soberanía de Bodino y legitimado por el mítico derecho divino de los reyes, los príncipes empezaron a arrogarse la creación del Derecho como soberanos jurídicos en representación de la *ratio status* interpretada por su *recta ratio*. La ley empezó a verse como la *fuente* del Derecho y el iusnaturalismo tradicional a transformarse en el «ingenuo» (R. Rotermundt) iusnaturalismo racionalista aplicando el principio *auctoritas non veritas, legis rationem habet*: por una parte, el «racionalismo-idealista» de Grocio, Pufendorf, Thomasius (quien separó la Moral y el Derecho), etc.; y, por otra, el «racionalista-naturalista» de Hobbes, Locke, etc.

La ley como fuente del Derecho tiende a beneficiar al legislador, a ser utilizada ideológicamente y a ser injusta. Pero la agonía del iusnaturalismo comenzó con la Revolución francesa. La institucionaliza-

ción de la Nación-Estado desplazó a la Iglesia, que distingue todavía cuidadosamente entre legítimo y legal y el constitucionalismo revolucionario potenció la legislación emanada del Parlamento representante de la mítica voluntad general de Rousseau: la legitimidad de las leyes se redujo a la observancia del procedimiento establecido para legislar o dictar normas y obligó a los jueces a acatar y aplicar la legislación, que reflejó cada vez más la voluntad del poder político. Solo se salvaron los países del *Common-law* de la trasmutación del Derecho en legislación.

Radbruch se quejaba de que «la ley extremadamente injusta, no es verdadera ley» mientras Rommen decía que el Derecho Natural retorna siempre. Los hombres distinguen espontáneamente lo legítimo de lo ilegítimo, lo legítimo de lo legal, lo justo y lo injusto, la acción jurídica de la antijurídica. Las leyes inspiradas en el *ius naturae* son prescripciones de la justicia que rige el orden del mundo. Pueden requerir precisiones, pero no son injustas. La justicia –la *diké* griega, lo justo en el *ius* romano, la justicia divina del cristianismo– no la crea la legislación omnipotente ni la sociedad: es una idea innata descubierta por Platón, que marca la línea divisoria entre la moralidad y la inmoralidad o amoralidad, entre la acción jurídica y la antijurídica, tanto de los particulares y los grupos sociales como del poder político. Fundir juridicidad y legalidad como hace el positivismo, es, escribe Hervada, hacer tabla rasa de la dignidad del hombre. Las revoluciones políticas auténticas son reivindicaciones de derechos naturales.

BIBLIOGRAFÍA

Carpintero Benítez, F.: *Historia breve del Derecho Natural*. Madrid: Colex, 2000.
Fassó, G.: *Historia de la Filosofía del Derecho*. Madrid: Pirámide, 1978-1979.
Finnis, J. M.: *Ley Natural y Derechos Naturales*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000.
González, A. M.: *Claves de la ley natural*. Madrid: Rialp, 2006.
Hervada, J.: *Introducción crítica al Derecho Natural*. Pamplona: Eunsa, 2011.
Sabine, G. H.: *Historia de la Teoría política*. México: Fondo de Cultura Económica, 2009.
Simon, Y. R.: *La tradición de la ley natural*. Madrid: Razón y Fe 1968 y Santiago de Chile: Olejnik, 2019.
Spaemann, R.: «La actualidad del Derecho Natural», en *Crítica de las utopías políticas*. Pamplona: Eunsa 1980.
Strauss, L.: *Derecho Natural e Historia*. Buenos Aires: Prometeo, 2014.
Vallet de Goytisolo, J.: *¿Fuentes normales del Derecho o elementos mediadores entre la naturaleza de las cosas y los hechos jurídicos?* Madrid: Marcial Pons, 2004.

Dalmacio Negro Pavón
Académico de Número de la
Real Academia de Ciencias Morales y Políticas
Catedrático de Historia de las Ideas y Formas Políticas

VER TAMBIÉN: *COMMON LAW* / DERECHO Y MORAL / HISTORICISMO Y ESCUELA HISTÓRICA / JUSTICIA / LEGITIMIDAD / MÉTODO JURÍDICO / PRINCIPIOS Y VALORES CONSTITUCIONALES / SEGURIDAD JURÍDICA / TEORÍA ANALÍTICA DEL DERECHO / TEORÍA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO / UTILITARISMO JURÍDICO

JUECES Y MAGISTRADOS

El ser humano es social por naturaleza. Vive en sociedad y la sociedad solamente es posible a partir de unas reglas que la organizan y permiten resolver los conflictos que inevitablemente se producen en su seno. Sociedad y Derecho se implican. Por eso se ha dicho *ubi societas, ibi ius,* al igual que se puede decir *ubi ius, ibi societas*, pues el Derecho es un instrumento de ordenación social que no tiene sentido al margen de la convivencia. A esos dos términos inseparables ha de añadirse otro más, el de juez. Así, se puede decir igualmente *ubi ius, ibi iudex*.

El Derecho está compuesto de normas e instituciones. Supone, ante todo, principios y reglas de comportamiento en las relaciones sociales de aplicación coactiva en caso de inobservancia voluntaria. No obstante, tan importantes son sus prescripciones sobre lo que se puede o no hacer, cuanto los mecanismos que aseguran su cumplimiento ya que, de otro modo, no será posible la regulación social que persigue. La correcta aplicación del Derecho exige establecer en qué consisten sus determinaciones en cada caso en que surge una controversia sobre su contenido y resolverla en consecuencia.

La figura del juez, del sujeto llamado a realizar esa tarea, o sea, a juzgar, es común a todas las sociedades y culturas. También son comunes los rasgos con los que se le ha caracterizado. Es una autoridad pública que, como tercero ajeno a las partes enfrentadas e imparcial respecto de ellas, dirime imperativamente la controversia surgida entre ellas en un proceso público en función de su interpretación de reglas jurídicas preestablecidas. En otras palabras, es el que ejerce la *jurisdicción,* el que dice el Derecho, no en abstracto, sino en el litigio que está llamado a resolver, y precisa la solución que para él resulta del conjunto del ordenamiento jurídico.

En la arquitectura del Estado constitucional contemporáneo, que responde al principio de la separación de poderes, el juez está integrado en el Poder Judicial, el formado por los juzgados y tribunales desde los que se ejerce la potestad jurisdiccional. Mientras que el Legislativo y el Ejecutivo, mantienen unas relaciones interorgánicas más o menos intensas según la naturaleza parlamentaria o presidencial del sistema de gobierno previsto en la Constitución, el Poder Judicial se mantiene claramente separado. Es independiente de ellos estructuralmente y también lo es cada juez individualmente considerado pues, no solo no depende del Poder Legislativo ni del Poder Ejecutivo, sino que, además, tiene garantizada la inamovilidad y está sujeto a un régimen estricto de incompatibilidades y prohibiciones.

La independencia judicial es condición necesaria del adecuado ejercicio de la potestad jurisdiccional y se justifica por el sometimiento del juez a la Constitución y a la ley. El juez está protegido frente al poder político para que, de manera imparcial, satisfaga las pretensiones de quienes acuden a él extrayendo del ordenamiento jurídico la solución que ha de darse a sus demandas. Esa decisión la adopta en el marco del proceso, un procedimiento público en el que las partes enfrentadas se hallan en posición de igualdad, y su juicio adopta normalmente la forma de sentencia, una resolución escrita en la que, razonadamente, debe explicar con claridad y congruencia res-

pecto de lo que se le ha pedido, cuáles son los hechos que considera probados y por qué y los motivos por los que, a partir de ellos, resuelve de la manera que expresa el fallo.

La otra contrapartida de la independencia del juez es su responsabilidad que puede ser penal, en el caso de que incurra en delito al ejercer su función; disciplinaria, si comete infracciones previstas en la ley que no sean delito; y civil, por los perjuicios que cause si resuelve sin observar las reglas a las que está sujeto.

Aunque no esté prevista por las Constituciones ni por las leyes, es una realidad la responsabilidad difusa que se le exige al juez desde la sociedad mediante la crítica a las decisiones que toma. Amparada por la libertad de expresión, debe tener el límite previsto por el art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos: el de la garantía de la autoridad y de la imparcialidad judicial, pero se ha demostrado difícil contener las manifestaciones de la opinión pública de manera que uno de los principales retos del juez es sustraerse a la presión que, a veces, supone.

El juez ejerce un poder público fundamental, no en vano Bodino vio en la jurisdicción una de las verdaderas manifestaciones de la soberanía. Por eso, su nombramiento y, en general, su estatuto, son objeto de particular atención por las Constituciones y las leyes.

Aunque hay ejemplos de elección periódica de los jueces por los ciudadanos, prevalecen dos grandes sistemas. El de raíz anglosajona, en el que el poder político nombra a los jueces entre profesionales del Derecho ya consagrados, cuya más clara expresión es el previsto en el art. III de la Constitución de los Estados Unidos. Y el de raíz continental, en el que el juez forma parte de un cuerpo funcionarial, seleccionado con criterios de mérito y capacidad, en el que puede progresar por antigüedad y especialización y otros méritos. A su vez, este segundo sistema, intensamente regulado por la ley, puede ser administrado desde el Poder Ejecutivo o desde un órgano constitucional difundido en Europa a partir de 1946 y, más tarde en la América hispana, que genéricamente se puede denominar Consejo de la Magistratura.

Afianzado hoy el Estado de Derecho en los regímenes democráticos, se asiste a una creciente relevancia del papel del juez. Encargado de tutelar los derechos fundamentales y de velar por el sometimiento de los poderes públicos a la ley y al Derecho, recibe cada día más demandas de protección de aquellos y de control de estos. La conciencia social de la titularidad de los derechos y de que en el juez tienen su garantía, impulsa a solicitarla. Y la constante expansión del ordenamiento jurídico aumenta los espacios objeto de regulación jurídica y, por tanto, de potencial conflictividad no solo en las relaciones individuales sino también en las que se producen entre los operadores económicos. Asimismo, la vinculación que deben los gobernantes al principio de legalidad ha supuesto que se lleven ante el juez contiendas que, en ocasiones, presentan un claro trasfondo político.

Se habla, al respecto, de *judicialización de la política* y, también de *politización de la justicia* en la medida en que juzgar este tipo de litigios pueda prestarse a la contaminación del juez o incite a los actores de la vida política a buscar la forma de influir en él pero, excluidos los casos extremos, no se trata sino de la consecuencia de la progresión del imperio de la Ley.

En España el ejercicio de la potestad jurisdiccional se atribuye por el art. 117 CE a los jueces y magistrados que integran el Poder Judicial. Forman parte de un cuerpo funcionarial, la Carrera Judicial, al que se accede por oposición (tres de cada cuatro plazas) o por concurso entre juristas con más de diez años de experiencia profesional (la cuarta); y, en el caso de una de cada cinco plazas del Tribunal Supremo, por concurso entre juristas de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio profesional.

Son tres las categorías que existen en la Carrera Judicial: la de juez, a la que acceden quienes ingresan por oposición; la de magistrado, a la que pasan los jueces con tres años de servicios o que se especialicen y es, también, por la que entran los juristas; la tercera categoría es la de magistrado del Tribunal Supremo.

Los nombramientos los hace el Consejo General del Poder Judicial, órgano de gobierno del Poder Judicial creado por el art. 122 CE y encargado por ella, además, de los ascensos, la inspección y del régimen disciplinario de los jueces establecido en la LOPJ. Entre las sanciones que puede imponer se incluyen, junto a la de multa, las de suspensión, traslado forzoso y separación de la Carrera Judicial.

Los traslados tienen lugar en virtud de concursos en los que se valora, en los términos de la convocatoria, la antigüedad y la especialización e, igualmente, el conocimiento de la lengua española distinta del castellano en aquellas Comunidades Autónomas que la posean y esté reconocida como oficial y el del Derecho Civil, foral o especial allí donde exista. Se trata de procedimientos esencialmente reglados y por los que se puede acceder a todos los Juzgados, a las Audiencias Provinciales, a las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia y a las Salas de la Audiencia Nacional.

Las presidencias de las Audiencias Provinciales, de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional, las presidencias de las Salas de aquellos y de esta, las presidencias de las cinco Salas en que se organiza el Tribunal Supremo y el propio acceso a las plazas de magistrado del Tribunal Supremo se cubren por el Consejo General del Poder Judicial mediante nombramiento discrecional, previo concurso y comparecencia ante su Comisión Permanente de los aspirantes. El nombramiento debe estar motivado conforme a los criterios establecidos reglamentariamente y en las bases de la convocatoria y puede ser recurrido ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

Al terminar 2019, la Carrera Judicial estaba formada por 5.419 jueces y magistrados. Aproximadamente la mitad de la media europea.

La Constitución reconoce a los jueces y magistrados el derecho a asociarse profesionalmente y les prohíbe pertenecer a partidos políticos o a sindicatos y desempeñar cargos públicos mientras se hallen en activo (art. 127 CE). Asimismo, encomienda al legislador que establezca su régimen de incompatibilidades para asegurar su total independencia. La LOPJ lo ha establecido. La condición de juez o magistrado se pierde por renuncia, incapacidad, condena firme que la implique, separación acordada por el Consejo General del Poder Judicial, y por jubilación forzosa, establecida a los 70 años de edad, si bien se reconoce a los miembros de la Carrera Judicial el derecho a prolongar su servicio activo hasta los 72 años.

BIBLIOGRAFÍA

Andrés Ibáñez, P.: *Tercero en discordia: jurisdicción y juez en el Estado constitucional*. Madrid: Trotta, 2015.

Guarnieri, C.; Pederzoli, P.: *Los jueces y la política*. Madrid: Taurus, 1999.

Lucas Murillo de la Cueva, P.: *La independencia de los jueces y el gobierno del Poder Judicial*. Madrid: Reus, 2018.

Sumption, J.: *Trials of the State. Law and the decline of politics*. London: Profile Books, 2019.

Pablo Lucas Murillo de la Cueva
Académico de Número y Secretario de la
Real Academia de Ciencias Morales y Políticas
Magistrado del Tribunal Supremo
Catedrático de Derecho Constitucional

VER TAMBIÉN: ABOGACÍA / CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL / DIÁLOGO DE TRIBUNALES / ESTADO DE DERECHO / JUECES Y MAGISTRADOS / JURISDICCIÓN (CIVIL, CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA, PENAL, SOCIAL) / JURISPRUDENCIA / LEGALIDAD (Principio de) / TRIBUNAL SUPREMO

JURISDICCIÓN CIVIL

La jurisdicción civil es la rama de la organización jurisdiccional que se dedica al conocimiento y resolución de los conflictos en materia de Derecho Civil y Mercantil y, en general, a las controversias de Derecho privado, excepto en lo que se refiere a las relaciones vinculadas a un contrato de trabajo, que corresponden a la jurisdicción social. Como señala el art. 9.2 LOPJ, «los tribunales y juzgados del orden civil conocerán, además de las materias que les son propias, de todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional». Es lo que se denomina la *vis attractiva* o el carácter residual de la jurisdicción civil, que le permite recibir y tramitar todas las demandas que no encuentran fácil encaje en otro orden jurisdiccional. Por extensión, se denomina también jurisdicción civil a la específica función jurisdiccional que desempeñan los juzgados y tribunales que forman parte de dicho orden jurisdiccional.

Dentro de las atribuciones de la jurisdicción civil, se encuentra, en primer lugar, la adopción de decisiones en aquellos pleitos donde se le pide que declare qué norma de Derecho Civil o Mercantil resulta aplicable a la controversia, y los efectos que ello produce. También le corresponde resolver sobre aquellas pretensiones de condena y sobre la creación, modificación y extinción de las situaciones jurídicas de esa misma naturaleza. Además de sus competencias en materia declarativa, le corresponde desarrollar aquellas actuaciones de ejecución que resulten necesarias para dar cumplimiento a lo que conste en un documento judicial o extrajudicial con fuerza ejecutiva, cuando no se realice voluntariamente por el propio obligado y así lo solicite el interesado.

En España, la jurisdicción civil está formada por diferentes órganos. Comenzando por los unipersonales (es decir, aquellos en los que el titular es un solo juez o magistrado), encontramos los Juzgados de Paz, localizados en las pequeñas poblaciones, y que apenas resuelven controversias (solo las inferiores a 90 euros: art. 47 LEC), limitándose su actuación a la colaboración en notificaciones y embargos (arts. 99 a 103 LOPJ); los Juzgados de Primera Instancia, que extienden su competencia a un partido judicial (que puede estar compuesto de un solo municipio o varios) y conocen de la generalidad de los asuntos civiles y mercantiles (arts. 84 y 85 LOPJ), salvo los atribuidos a los Juzgados de lo Mercantil, que son órganos de circunscripción provincial, y que conocen únicamente, aunque con carácter exclusivo y excluyente, de algunas materias civiles y mercantiles (como la concursal, acciones promovidas al amparo de las normas reguladoras de las sociedades mercantiles y cooperativas, Derecho marítimo, propiedad industrial e intelectual, publicidad, transporte, Derecho de la competencia nacional y europeo, condiciones generales de la contratación, básicamente: art. 86 bis y ter LOPJ).

Como órganos colegiados (que son aquellos cuya titularidad corresponde a varios magistrados) se prevén las Audiencias Provinciales (arts. 80 a 82 LOPJ), de ámbito provincial, que conocen fundamentalmente de los recursos de apelación interpuestos contra las resoluciones de los Juzgados; la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia (art. 73 LOPJ), existiendo una por cada Comunidad Autónoma y que carecen prácticamente de competencias decisorias en el ámbito civil y mercantil (salvo

algunas demandas por responsabilidad civil, una parte de la revisión de sentencias firmes, y labores de apoyo y control del arbitraje); y la Sala Primera, de lo Civil, del Tribunal Supremo (art. 56 LOPJ), a quien se atribuye el conocimiento y decisión de los recursos extraordinarios de infracción procesal y de casación, además del mayor número de demandas por responsabilidad civil de altos cargos y la revisión de sentencias firmes.

La existencia de determinadas materias o ámbitos del ordenamiento sustantivo que dan lugar a numerosos litigios (como sucede en relación con el Derecho de familia, incapacidad, ejecución hipotecaria, acciones individuales sobre condiciones generales incluidas en contratos de financiación con garantías reales inmobiliarias…), ha originado la especialización de algunos Juzgados de Primera Instancia, que se caracterizan porque, sin perder su condición, asumen en exclusiva los pleitos relativos a esas materias (art. 98 LOPJ).

Todos los órganos mencionados del orden jurisdiccional civil tramitan sus procesos aplicando las normas contenidas en la Ley 1/2000, de 1 de julio, de Enjuiciamiento Civil (LEC). En ella se regulan tanto los procedimientos ordinarios (juicio ordinario y juicio verbal), como los especiales, así como los de ejecución y medidas cautelares. No obstante, también pueden asumir el conocimiento de otros asuntos, como los procesos concursales (contemplados en la Ley 22/2003, de 9 de julio) o los expedientes de jurisdicción voluntaria (regulados en la Ley 15/2015, de 2 de julio).

En los últimos veinte años, la jurisdicción civil ha experimentado un notable incremento de asuntos en nuestro país: en 1996 ingresaron en dicha jurisdicción 770.727 asuntos; en 2008, 1.708.762; y en 2018, 2.227.531 (es decir, tres veces más que en 1996). Ello es consecuencia de diversos factores: por un lado, el insuficiente número de jueces (en general, en España existían 12 jueces por cada 100.000 habitantes en 2018, una cantidad muy inferior a los principales países de nuestro entorno, y que se agudiza en la jurisdicción civil); por otro, la aparición de nuevos procedimientos (como el monitorio, introducido por la Ley 1/2000), que ha permitido que aflore una litigación de poca cuantía que antes no llegaba a los tribunales; y, por último, la falta de una cultura social y jurídica favorable al acuerdo en vez del conflicto y a emplear soluciones alternativas a la jurisdicción, como el arbitraje, la conciliación o la mediación, instituciones por las que en la actualidad apenas se resuelven un ínfimo número de asuntos. A ello se añade la proliferación en los últimos años de litigios-masa vinculados a la contratación de productos financieros (bonos estructurados, preferentes) o en materia hipotecaria (cláusulas suelo, hipotecas referenciadas), que han inundado los juzgados de pleitos y han puesto en riesgo la propia viabilidad del sistema, al menos en lo que se refiere a la exigencia de ofrecer una respuesta judicial adecuada en un tiempo razonable.

Para solucionar ese problema de ingente volumen de asuntos en el orden jurisdiccional civil, solo caben dos opciones de futuro: aumentar la oferta (judicial) o reducir la demanda (de litigios). Lo primero solo se consigue con un aumento del número de jueces (no tanto de funcionarios, donde España cuenta con personal suficiente según los datos disponibles), una competencia que corresponde al Gobierno de la Nación. Lo segundo se puede alcanzar por distintas vías, que se pueden combinar entre sí. De esta forma, se pueden hacer más

atractivas las alternativas a la jurisdicción, aprovechando los medios técnicos disponibles (simulaciones de resultado) y el recurso a personas especializadas (mediadores bien formados). Incluso se podría ampliar el sistema de acceso a las fuentes de prueba previsto en el art. 283 bis LEC solo para las acciones de daños en materia de Derecho de la competencia, con vistas a hacer más completa y transparente la negociación dirigida a alcanzar un posible acuerdo que evite el proceso. De igual forma, el intento de construir una cultura de la transacción se puede compatibilizar con la imposición de sanciones a aquellas litigaciones que resulten temerarias o que a la postre se ponga de relieve que se hubieran podido evitar. También se podría articular un sistema adecuado de acciones colectivas, que unifique reclamaciones o permita sentar criterios comunes para un mismo tipo de litigios. Y cabría asimismo rediseñar el modelo de asistencia jurídica gratuita, que no solo supone un alto coste para el sistema tal y como está planteado actualmente, sino que también en ocasiones provoca la existencia de litigios que no se suscitarían de no gozarse de tal derecho.

BIBLIOGRAFÍA

Banacloche Palao, J.; Cubillo López, I.: *Aspectos fundamentales de Derecho Procesal Civil*. Madrid: La Ley-Wolters Kluwer, 2018. 4.ª ed.

De la Oliva Santos, A., *et al.*: *Curso de Derecho Procesal Civil*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2019. 4.ª ed.

Montero Aroca, J., *et al.*: *Derecho Jurisdiccional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. 27.ª ed.

Moreno Catena, V.; Cortés Domínguez, V.: *Derecho Procesal Civil*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017. 9.ª ed.

Julio Banacloche Palao
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad Complutense

VER TAMBIÉN: ABOGACÍA / ARBITRAJE / CODIFICACIÓN / CONTRATOS / DERECHO PROCESAL / JUECES Y MAGISTRADOS / JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA / JURISDICCIÓN PENAL / JURISDICCIÓN SOCIAL / **PANDEMIA: PERSPECTIVA JURÍDICA**

JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

La expresión «jurisdicción constitucional» se puede emplear en diversos sentidos, en función del contexto. Se utiliza a veces en un sentido muy amplio, para aludir a aquellos casos en los que los tribunales de justicia tienen en cuenta la Constitución para resolver una determinada controversia. Así, por ejemplo, si un tribunal civil rechaza una prueba por haberse obtenido violando derechos fundamentales, está aplicando una doctrina sobre pruebas ilícitas que se deduce de la Constitución. Y si un juez penal interpreta un precepto del Código Penal en un sentido restrictivo, para asegurar el respeto a la libertad de expresión, está efectuando una interpretación de la ley de conformidad con la Constitución. Podemos decir que, en estos supuestos, los tribunales han ejercido la jurisdicción constitucional, en el marco de la jurisdicción civil o penal que tienen encomendada.

La expresión «jurisdicción constitucional» puede entenderse en un sentido diferente, en aquellos países en los que se ha optado por establecer un Tribunal Constitucional. Se plantea entonces la pregunta de cuáles son los límites que definen las competencias de dicho Tribunal, y se suele distinguir entre la «jurisdicción ordinaria» (ejercida por los tribunales ordinarios) y la «jurisdicción constitucional» (en manos del Tribunal Constitucional). El específico reparto de tareas no es igual en todos los países. Es habitual que el control de constitucionalidad de la ley se reserve al Tribunal Constitucional, pero no siempre es así. En muchos países latinoamericanos, por ejemplo, la existencia de un Tribunal Constitucional no impide a los tribunales ordinarios fiscalizar la constitucionalidad de las leyes, como también ocurre en algún país europeo, como Portugal. Es frecuente, asimismo, que el Tribunal Constitucional conozca de conflictos entre órganos estatales, pero ello no significa necesariamente que los tribunales ordinarios carezcan de competencias para resolver algunas clases de conflictos, competencias que varían de un país a otro. También se aprecia diversidad de soluciones a la hora de configurar posibles recursos ante el Tribunal Constitucional frente a las resoluciones dictadas por los tribunales ordinarios. Hay ordenamientos en los que no existe ningún procedimiento para impugnar ante el Tribunal Constitucional las resoluciones judiciales, a diferencia de otros, donde cabe interponer un recurso de amparo en protección de los derechos fundamentales (Alemania y España), o un recurso frente a las decisiones judiciales que se pronuncian acerca de la validez constitucional de una ley (Portugal). También podemos constatar una notable diversidad a propósito de la garantía de la regularidad de las elecciones y referéndums, o a los efectos de enjuiciar la responsabilidad penal de altos cargos gubernamentales. Mientras que en unos países estos asuntos se atribuyen a los tribunales ordinarios, en otros países se asignan, total o parcialmente, al Tribunal Constitucional.

Un tercer sentido en el que se puede utilizar la expresión «jurisdicción constitucional» está vinculado con el específico problema de saber qué tribunales tienen atribuida la potestad de rechazar una ley por contravenir la Constitución. Esta potestad suscita cuestiones de enorme trascendencia. La posibilidad de que una ley aprobada por un Parlamen-

to democrático sea desactivada por los jueces por entender que la ley no es conforme con la Constitución plantea un importante interrogante desde el punto de vista de los valores que inspiran un orden democrático. ¿Hasta qué punto es legítimo que una ley que goza del respaldo de la mayoría de los representantes elegidos por el pueblo sea descalificada por los jueces, en nombre de la Constitución, cuando esos jueces no son elegidos de manera periódica por los ciudadanos? El hecho de que la Constitución sea un texto cuyas disposiciones son normalmente muy «abiertas», dejando un amplio espacio para la interpretación, contribuye a hacer problemática la institución del control judicial de la constitucionalidad de la ley. La dificultad de modificar la Constitución para contrarrestar un juicio adverso de los jueces es otro factor relevante para dar cuenta del carácter problemático de la institución. De hecho, hay países (los Países Bajos, por ejemplo) en los que las leyes gozan de «inmunidad» frente al control judicial de constitucionalidad.

Lo más frecuente, sin embargo, es que se haya establecido algún tipo de control de la ley, a pesar de las potenciales objeciones democráticas. Existen dos grandes modelos en el mundo a la hora de articular ese control. De acuerdo con el modelo «descentralizado», cualquier tribunal de justicia puede verificar si la ley aplicable al caso es o no compatible con la Constitución, dejándola de lado si el juicio es negativo. Este es el sistema que rige en los Estados Unidos desde los orígenes históricos de la Constitución de 1787, sistema que se extendió luego por Latinoamérica a lo largo del siglo XIX. Un modelo alternativo es el «centralizado», en el marco del cual solo un determinado tribunal puede neutralizar una ley por contraria a la Constitución. Ese tribunal, que tiene atribuido así el «monopolio de rechazo» de la ley, puede ser el Tribunal Supremo. Lo más habitual, sin embargo, es que se trate del Tribunal Constitucional, un órgano especializado en materia constitucional que se sitúa fuera de la organización de los tribunales ordinarios. La gran mayoría de países europeos se ha inclinado por este modelo. Frecuentemente, en tales ordenamientos, los jueces ordinarios pueden elevar una cuestión al Tribunal Constitucional si estiman que la ley aplicable al caso puede ser contraria a la Constitución.

Cada uno de estos arreglos institucionales tiene sus ventajas e inconvenientes, cuya importancia depende, a su vez, del contexto histórico. Un punto fuerte del modelo descentralizado es que resulta más fácil que todos los jueces adquieran «conciencia constitucional» al interpretar y aplicar el Derecho, pues tienen en sus manos la potestad de rechazar una ley por contravenir la Constitución. Otra fortaleza del sistema es que el juicio negativo de constitucionalidad se puede hacer valer de inmediato, sin necesidad de que intervenga un tribunal superior. El modelo centralizado, por su parte, tiene la virtud de que puede salvaguardar con mayor eficacia la seguridad jurídica, pues no existe riesgo de que se produzcan discrepancias entre varios tribunales en torno a la constitucionalidad de una ley. Dado que solo un tribunal puede desactivar una ley por inconstitucional, no resulta posible que afloren divergencias en el interior del Poder Judicial sobre este asunto. Otra potencial ventaja del modelo centralizado, si se atribuye el control de la ley a un Tribunal Constitucional, es que resulta posible designar a los jueces de dicho Tribunal con arreglo a unos procedimientos y criterios de selección específicos, distintos de los que se siguen para reclutar a los jueces ordinarios. Así, se abre la posibilidad de que

los magistrados del Tribunal Constitucional sean designados por órganos políticos que aportan la necesaria legitimidad democrática, o que el mandato de los magistrados sea limitado en el tiempo, o que el Tribunal se integre con juristas que cuentan con una trayectoria profesional o académica distinta de la de los jueces ordinarios.

En relación con esta clasificación de modelos, conviene hacer un último apunte. En muchos países, los tribunales ordinarios están autorizados para dejar de lado las leyes que conculquen lo dispuesto en los tratados internacionales. Entre esos tratados se encuentran las convenciones internacionales que garantizan derechos humanos. En la medida en que un juez ordinario esté facultado para descartar la aplicación de una ley por lesionar un derecho consagrado en uno de esos instrumentos internacionales, podemos decir que el juez ejerce una especie de «jurisdicción constitucional». Aunque la fuente de donde deriva el derecho humano relevante no sea la Constitución, sino un tratado internacional, la tarea del juez es materialmente parecida a la que se lleva a cabo a través del control de constitucionalidad. En definitiva, el juez está protegiendo un derecho fundamental frente a las restricciones inválidas establecidas por el legislador. Existe así cierta tensión en los ordenamientos de aquellos países en los que se ha erigido un sistema centralizado de control de constitucionalidad de la ley y, al mismo tiempo, se ha habilitado a todos los jueces para efectuar un control de convencionalidad de la ley. España es un ejemplo de ello, a partir del reciente pronunciamiento del Tribunal Constitucional que instaura un sistema difuso de fiscalización judicial de las leyes a la luz de los tratados de derechos humanos (STC 140/2018, de 20 de diciembre).

BIBLIOGRAFÍA

Ahumada Ruiz, M.: *La jurisdicción constitucional en Europa*. Madrid: Civitas, 2005.

Cruz Villalón, P.: *La formación del sistema europeo de control de la constitucionalidad (1918-1939)*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

Ferreres Comella, V.: *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*. Madrid: Marcial Pons, 2011.

Rubio Llorente, F.; Jiménez Campo, J.: *Estudios sobre jurisdicción constitucional*. Madrid: McGraw-Hill, 1998.

Víctor Ferreres Comella
Catedrático de Derecho Constitucional
Universitat Pompeu Fabra

VER TAMBIÉN: CONSTITUCIÓN / CONSTITUCIÓN NORMATIVA / CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD / DERECHO CONSTITUCIONAL / DERECHOS FUNDAMENTALES / DIÁLOGO DE TRIBUNALES / ESTADO DE DERECHO / LEYES / PODER CONSTITUYENTE / RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD / TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

La jurisdicción contencioso-administrativa, definida de manera sucinta en sus aspectos más esenciales, es el *juez natural de los poderes públicos* que enjuicia la legalidad de sus actuaciones regidas por el Derecho Administrativo.

El ámbito material sobre el que se extiende su conocimiento lo fijan los artículos 24 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial (LOPJ) y 1 (apartados 1 y 3) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA).

El art. 24 LOPJ establece: «En el orden contencioso administrativo será competente, en todo caso, la jurisdicción española cuando la pretensión que se deduzca se refiera a disposiciones de carácter general, o a actos de las Administraciones Públicas españolas. Asimismo conocerá de las que se deduzcan en relación con actos de los Poderes públicos, de acuerdo con lo que dispongan las leyes».

El art. 1 LJCA tiene este contenido: «1. Los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones Públicas sujeta al Derecho Administrativo, con las disposiciones generales de rango inferior a la Ley y con los decretos legislativos cuando excedan los límites de la delegación (…) 3. Conocerán también de las pretensiones que se deduzcan en relación con: a) Los actos y disposiciones en materia de personal, administración y gestión patrimonial sujetos al Derecho público adoptados por los órganos competentes del Congreso de los Diputados, del Senado, del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas y del Defensor del Pueblo, así como de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas y de las instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo. b) Los actos y disposiciones del Consejo General del Poder Judicial y la actividad administrativa de los órganos de gobierno de los Juzgados y Tribunales, en los términos de la Ley Orgánica del Poder Judicial. c) La actuación de la Administración electoral, en los términos previstos en la Ley Orgánica del Régimen Electoral General».

Ambos preceptos reflejan la evolución que ha seguido la jurisdicción contencioso-administrativa: de ser en un primer momento el juez de los actos de las Administraciones Públicas ha pasado a convertirse en el juez natural de la actuación administrativa del Estado; y esto como consecuencia de haber ensanchado su ámbito inicial de competencia hasta incluir dentro de él actuaciones de órganos estatales que no están comprendidos formalmente en el concepto de Administración Pública.

En lo que hace a la *Administración Pública,* el sistema seguido para delimitar el marco de conocimiento de este orden jurisdiccional es el de cláusula general y no el de lista. Esta *cláusula general* atiende primordialmente a una nota subjetiva para delimitar los actos enjuiciables: que estos procedan de un ente que tenga la consideración legal de Administración Pública. Así pues, tratándose de este tipo de entes, el juez natural es el contencioso-administrativo, sin necesidad de ulteriores atribuciones competenciales en relación con cada una de sus especificas actuaciones; aunque cuando se esté ante

actos administrativos en sentido estricto se exige también que estén sujetos al Derecho Administrativo.

Tratándose, de otros poderes públicos, es decir, de órganos del Estado no integrados en la Administración Pública, el conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa procede en las materias y los casos que establece el art. 1.3 LJCA y esas otras leyes que dicho precepto menciona. Esta ampliación del ámbito contencioso-administrativo viene impuesta por la plenitud de garantía jurisdiccional frente a las actuaciones de todos los poderes públicos que consagran los arts. 24.1 y 106.1 de la Constitución. Hay órganos del Estado que, pese a no estar integrados en el complejo organizativo de la Administración Pública, desarrollan una actuación material administrativa distinta de la función principal que constitucionalmente tienen asignada, y que, por ello, no puede quedar sustraída al control jurisdiccional (Tribunal Constitucional, Cámaras legislativas, Consejo General del Poder Judicial, etc.). Ahora bien, en este segundo caso la expresión legal *«de acuerdo con lo que dispongan las leyes»,* significa que, a diferencia de lo que ocurre con la Administración Pública, el conocimiento solo corresponderá a la jurisdicción contencioso-administrativa cuando exista una expresa atribución legal en relación con el concreto acto de que se trate.

A la vista del texto literal de los arts. 24 LOPJ y 1.1 LJCA resulta necesaria una última precisión más. Ambos preceptos refieren el conocimiento a las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos y las disposiciones de la Administración Pública, o en relación con actos de los poderes públicos, lo que significa que la existencia de un *previo acto o disposición* actúa como requisito para que pueda iniciarse un proceso contencioso administrativo. Es lo que la doctrina y la jurisprudencia han venido llamando el carácter *revisor* de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Todo lo que acaba de exponerse pone de manifiesto que la materia enjuiciable por el orden contencioso administrativo está representada por concretas actuaciones del Estado, derivadas tanto de órganos integrados en las Administraciones Públicas como de otros órganos del Estado situados fuera de la órbita organizativa del Poder Ejecutivo.

Mas este inicial acotamiento de la materia jurisdiccional debe ser completado con unas precisiones sobre estas dos principales cuestiones que suscita la extensión de la jurisdicción contencioso-administrativa:

- Lo que ha de entenderse por Administración Pública a los efectos del proceso contencioso-administrativo.
- Y cuál es el alcance que ha de darse al carácter revisor de este orden jurisdiccional.

a) El concepto de Administración Pública en el proceso contencioso-administrativo: la pluralidad de entes públicos en el Derecho español.

El enjuiciamiento de la Administración Pública, como ha sido ya expuesto, constituye la competencia tradicional y ordinaria de esta jurisdicción. Por tanto, precisar su concepto es una de las premisas inexcusables para delimitar la extensión de este orden jurisdiccional.

Lo que debe destacarse a este respecto es que no hay una sola Administración sino una pluralidad de Administraciones Públicas, porque existe una pluralidad de entidades públicas dotadas de personalidad jurídica que actúan en el campo material

regulado por el Derecho Administrativo. Y lo anterior debe completarse con este dato adicional: que el ordenamiento jurídico permite en ocasiones a la Administración Pública delegar en particulares el ejercicio de funciones públicas.

En nuestro Derecho, las principales normas que formalizan las ideas anteriores, y concretan cuáles son los entes que constituyen las Administraciones Públicas, son: art. 1.2 LJCA, y el art. 2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

b) El alcance de la función revisora de la jurisdicción contencioso-administrativa: la exigencia de un previo acto administrativo como presupuesto procesal y la pretensión como objeto directo del proceso.

El proceso contencioso-administrativo está configurado como una técnica de impugnación de actos administrativos (entendida esta expresión en su sentido amplio), y de ahí que tradicionalmente se haya hablado de la «*función revisora*» de esta jurisdicción cuando se trataba de expresar su naturaleza o caracteres propios. Precisar el alcance de esta «función revisora» tiene especial interés, pues tal función revisora alimentó un concepto formalista del recurso con importantes limitaciones de la actividad jurisdiccional, y, por ello, incompatible hoy con la plenitud de tutela jurisdiccional frente a las Administraciones Públicas que resulta de los arts. 24 y 103.1 CE. Se traspasaron al recurso contencioso-administrativo las técnicas de la apelación o de la casación, atribuyendo a la previa resolución administrativa la función de límite u objeto de la actividad jurisdiccional, con la consiguiente reducción para la parte recurrente de sus posibilidades de alegación y prueba.

Esa concepción formalista carece de justificación porque «*acto administrativo*» y «*pretensión*» tienen una funcionalidad distinta dentro del proceso contencioso-administrativo. El primero es simplemente un presupuesto procesal, que no acota el ámbito del debate procesal. Mientras que la segunda –*la pretensión*– constituye el verdadero objeto del proceso, y por tanto es la que define su contenido y el marco dentro del cual ha de moverse la sentencia judicial.

Los arts. 1, 25, 31 y 33 de la vigente LJCA se mueven dentro de esta línea, pues en ellos claramente se diferencia entre «*acto*» *y* «*pretensión*», y es precisamente esta última, *la pretensión*, la que constituye el objeto directo del proceso contencioso-administrativo. Como ya se ha dicho, es ella la que define el verdadero contenido del proceso, y esto es lo que explica y justifica la posibilidad en el proceso jurisdiccional de nuevas pruebas y alegaciones no realizadas durante la previa vía administrativa.

BIBLIOGRAFÍA

Fernández Torres, J. R.: *Historia legal de la jurisdicción contencioso-administrativa (1845-1998)*. Madrid: Iustel, 2007.

García de Enterría, E.: *Las transformaciones de la justicia administrativa*. Madrid: Civitas, 2007.

— «La formación y el desarrollo en Europa de la jurisdicción contencioso-administrativa. Su adquisición definitiva de un status de jurisdicción plena y efectiva», en *Revista de Administración Pública*, 179 (2009).

González Pérez, J.: *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. 8.ª ed. Madrid: Civitas, 2016.

Juanes Peces, A.: *La Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Comentada con jurisprudencia sistematizada y concordancias*. Madrid: F. Lefebvre, 2019.

Rodríguez Zapata, J.: *Fundamentos de lo Contencioso-Administrativo. Práctica jurídica*. Madrid: Tecnos, 2019.

Santamaría Pastor, J. A.: *La Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Comentario*. Madrid: Iustel, 2010.

VV. AA.: «Debate sobre el recurso de casación», en *Revista de Administración Pública*, 207 (2018).

VV. AA.: *Practicum Proceso Contencioso-Administrativo*. Pamplona: Aranzadi, 2018.

Nota: Todos los tratados y manuales de Derecho Administrativo incluyen capítulos sobre la LJCA.

Nicolás Maurandi
Magistrado del Tribunal Supremo
(Sala de lo Contencioso-Administrativo)

VER TAMBIÉN: ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO / ADMINISTRACIONES PÚBLICAS / ARBITRARIEDAD / BUENA ADMINISTRACIÓN / DECRETO LEGISLATIVO / DERECHO ADMINISTRATIVO / ESTADO DE DERECHO / JURISDICCIÓN (CIVIL, CONSTITUCIONAL, PENAL, SOCIAL) / JURISPRUDENCIA / LEGALIDAD / PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

JURISDICCIÓN PENAL

La jurisdicción penal es la rama de la organización jurisdiccional que se dedica al conocimiento y resolución de los conflictos de aplicación del Derecho Penal. Como señala el art. 9.3 LOPJ, «los (tribunales y juzgados) del orden penal tendrán atribuido el conocimiento de las causas y juicios criminales, con excepción de los que correspondan a la jurisdicción militar». A diferencia de lo que sucede en otros campos, el Derecho Penal solo se aplica cuando surge el conflicto, es decir, en el seno de un proceso jurisdiccional; por lo tanto, por su propia naturaleza, no permite su aplicación extraprocesal ni soluciones alternativas de naturaleza privada. Esto convierte al proceso en absolutamente trascedente para la eficacia del Derecho Penal, de manera que si aquellos no funcionan resulta irrelevante lo que diga la normativa, convirtiendo sus prescripciones en puro voluntarismo.

Por extensión, también se denomina jurisdicción penal a la específica función de tutela y realización del Derecho Penal que desempeñan los juzgados y tribunales que forman parte de dicho orden jurisdiccional.

Dentro de sus atribuciones, se encuentra, en primer lugar, la tramitación de todos los procesos relativos a la posible comisión de un delito. Esto englobaría no solo el enjuiciamiento del asunto, sino también la investigación previa, denominada *instrucción* de la causa (se llama sumario en el procedimiento ordinario para delitos graves y diligencias previas en el abreviado), y la posterior ejecución de la pena. Cuando esta resulta ser privativa de libertad, la ejecución se comparte con la Administración penitenciaria.

También conoce la jurisdicción penal de la acción civil que nace de la comisión del delito (y que consiste, como regla general, en la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de los perjuicios: art. 100 LECrim), salvo que la víctima la haya reservado a un proceso civil posterior o haya renunciado a ella.

En España, la jurisdicción penal está formada por diferentes órganos. A diferencia de lo que sucede en otras jurisdicciones, su estructura es bastante compleja, debido a dos motivos: la proliferación de tribunales especiales, creados dentro de la jurisdicción ordinaria para conocer de materias específicas (Audiencia Nacional, Juzgados de Violencia sobre la Mujer, de Menores o de Vigilancia Penitenciaria), y la necesaria duplicación de órganos, que viene exigida por el «principio del juez no prevenido»: el órgano que instruye un delito no puede ser el mismo que luego lleve a cabo su enjuiciamiento.

Así, comenzando por los órganos judiciales penales unipersonales, y dejando al margen los Juzgados de Paz (que en la práctica no actúan), nos encontramos en primer lugar con los Juzgados de Instrucción, que extienden su competencia a un partido judicial (compuesto de un solo municipio o varios) y que investigan, como regla general, todos los delitos graves y menos graves cometidos en su circunscripción, y enjuician los delitos leves realizados en ese mismo ámbito territorial (art. 87 LOPJ). También asumen otras atribuciones, como la tramitación y resolución de los procesos de *habeas corpus* y de decomiso autónomo. Cuando se instruyen

causas por delitos relacionados con violencia de género, o se enjuician delitos leves sobre esa misma materia, la competencia corresponde a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer (art. 87 bis LOPJ), que deberían existir en cada partido judicial (y cuando no es posible, sus funciones las asume un Juzgado de instrucción).

Si el delito es uno cuyo enjuiciamiento está atribuido a la Audiencia Nacional (art. 65 LOPJ), su instrucción corresponde a los Juzgados Centrales de Instrucción (art. 88 LOPJ). Estos órganos también se encargan de tramitar las órdenes europeas de detención y entrega, los procedimientos de extradición pasiva, el reconocimiento de resoluciones penales de otros países de la Unión, y la autorización de información a servicios de seguridad de dichos Estados.

También son unipersonales los Juzgados de lo Penal (art. 89 bis 1 y 2 LOPJ), de ámbito provincial, que enjuician los delitos castigados con pena inferior a cinco años (art. 14.3 LECrim); y los Juzgados Centrales de lo Penal (art. 89 bis 3 LOPJ), que enjuician los delitos atribuidos a la Audiencia Nacional cuya pena no supere los cinco años. Además, se contemplan los Juzgados de Menores (de ámbito provincial), para delitos cometidos por personas de 14 a 18 años, el Central de Menores y los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria y Centrales de Vigilancia Penitenciaria.

Como órganos colegiados se prevén las Audiencias Provinciales en sus secciones penales (arts. 80 a 82 LOPJ), de ámbito provincial, que enjuician delitos castigados con pena superior a cinco años (art. 14.4 LECrim), así como recursos contra determinadas sentencias; y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que enjuicia delitos de su competencia castigados con más de cinco años de pena de prisión, así como determinados recursos. Además, se ha creado la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional, que resuelve recursos presentados contra las sentencias dictadas en primera instancia por la Sala de lo Penal de dicha Audiencia. Un caso muy peculiar de órgano colegiado lo constituyen los Tribunales de Jurado, formados por ciudadanos legos en Derecho y ubicados, como regla general, en el ámbito de las Audiencias Provinciales (art. 83 LOPJ), aunque también pueden actuar en los tribunales de aforamiento. Se encargan de juzgar los delitos a ellos atribuidos por su ley reguladora (el más importante, el homicidio: art. 1 de la L. O. 5/1995).

También encontramos en esta categoría la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia (art. 73.3 LOPJ), existiendo una por cada Comunidad Autónoma, y que no solo conocen de los recursos de apelación interpuestos contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales o los Tribunales de Jurado, sino que instruyen (a través de uno de sus magistrados, que después no puede formar parte del tribunal enjuiciador) y juzgan los delitos cometidos por aforados a ese Tribunal (fundamentalmente, miembros del Ejecutivo, Legislativo y Judicial en el ámbito de la Comunidad Autónoma).

Por último, en la cúspide de la organización se halla la Sala Segunda, de lo Penal, del Tribunal Supremo (art. 57 LOPJ), a quien se atribuye el conocimiento y decisión de los recursos de casación, además de la revisión de sentencias firmes. Al igual que los TSJ, también instruye y enjuicia las causas por delitos atribuidos a personas aforadas ante el TS (básicamente, miembros del Congreso, Senado, Gobierno y de los altos ór-

ganos constitucionales políticos y judiciales). Las sentencias que dictan en estos casos carecen de recurso (exceptuando el amparo ante el TC).

Todos los órganos mencionados tramitan sus procesos aplicando las normas contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 14 de septiembre de 1882. Como es obvio, su texto ha sido modificado en numerosas ocasiones a lo largo de más de un siglo, pero aún existen muchos preceptos que conservan su redacción originaria. En ella se regulan tanto el procedimiento ordinario para delitos graves, el único previsto en el texto primitivo y que se sigue aplicando para delitos penados con más de nueve años de prisión, como el abreviado, además del propio para delitos leves (antiguo juicio de faltas), los denominados juicios rápidos, los de aceptación de decreto, decomiso o por delitos privados. Por su parte, el proceso penal ante el Tribunal del Jurado aparece regulado en su propia Ley.

La jurisdicción penal española en 2018 asumió 3.151.698 asuntos; sin embargo, este dato es poco significativo, porque en él se hace referencia a procesos que, una vez iniciados, después apenas originan actividad judicial posterior. Tan es así que, hace diez años, el número de asuntos ingresados fue de 6.535.407, más del doble que en 2018. El descenso de las cifras no se debe a que haya disminuido el número de delitos, o a que los órganos policiales y judiciales hayan actuado con la máxima diligencia, sino a una reforma legislativa que entró en vigor en 2015 que ya no exigía enviar a los tribunales las denuncias por delitos no graves presentadas ante la Policía que carecieran de autor conocido (art. 284.2 LECrim). En consecuencia, para conocer su volumen real de trabajo es más aconsejable acudir al número de sentencias dictadas en 2018: 570.322.

Como se puede observar, son muchos asuntos para pocos jueces. Si a eso se añade que estos, en muchas ocasiones, tienen además atribuidas funciones en materia civil, se explica por qué en España las instrucciones duran tanto y las sentencias penales se dictan muchos años después de cometido el delito. Para solucionar este grave problema, se ha propuesto importar el modelo anglosajón, fundamentado en el juego del principio de oportunidad (que, frente al de legalidad imperante en España, que obliga al Ministerio Fiscal a perseguir y acusar por todos los delitos de los que tenga conocimiento: art. 105 LECrim, permite a quien ejerce la acusación pública no perseguir o no acusar siempre que lo considere conveniente o en aquellos casos en que se lo permita la ley) y la técnica de la conformidad (que habilita a la Fiscalía a negociar con el acusado, de manera que pueda ofrecerle una significativa reducción de la pena a cambio de que se declare culpable y evite la celebración del juicio), algo que ya existe en España, aunque con limitaciones. Evidentemente, con medidas de este tipo se podría producir una mayor eficacia en el proceso penal, reduciendo tiempos y limitando costes, pero también permitiría dudar sobre la verdad de lo decidido, puesto que la sentencia dictada podría terminar castigando a un acusado por un delito que no es el que realmente cometió (si es que cometió alguno), o con una pena que no se corresponde con la conducta delictiva efectivamente realizada.

BIBLIOGRAFÍA

BANACLOCHE PALAO, J.; ZARZALEJOS NIETO, J.: *Aspectos fundamentales de Derecho Procesal Penal*. Madrid: La Ley-Wolters Kluwer, 2018 (4.ª ed.)

MONTERO AROCA, J.; GÓMEZ COLOMER, J. L.; BARONA VILAR, S.: *Derecho Jurisdiccional. Proceso Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019 (27.ª ed.)

MORENO CATENA, V.; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: *Derecho Procesal Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019 (9.ªed.)

Julio BANACLOCHE PALAO
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad Complutense

VER TAMBIÉN: AFORAMIENTO / CORTE PENAL INTERNACIONAL / DERECHO PENAL / DERECHO PROCESAL / INDULTO / JUECES Y MAGISTRADOS / JURISDICCIÓN (CIVIL, CONSTITUCIONAL, CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA, SOCIAL) / JURISDICCIÓN UNIVERSAL / MINISTERIO FISCAL / POLÍTICA CRIMINAL / TRIBUNAL SUPREMO

JURISDICCIÓN SOCIAL

La jurisdicción social es la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (art. 117.1 CE), que tienen atribuida los órganos judiciales que conocen de las controversias que se promuevan dentro de la rama social del Derecho, tanto en su vertiente individual como colectiva, que versen sobre materias laborales y de Seguridad Social (art. 1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social, 36/2011, de 10 de octubre: LJ Social).

La jurisdicción es única, se ejerce por los juzgados y tribunales y se extiende a todas las personas, a todas las materias y a todo el territorio español, en la forma establecida en la Constitución y en las leyes (arts. 3.1 y 4 LOPJ). Ahora bien, razones de especialización justifican la existencia de cuatro órdenes jurisdiccionales, a saber, civil, penal, contencioso-administrativo y social.

Los órganos que componen la jurisdicción social son la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia y los Juzgados de lo Social.

La LJ Social amplió y reformó notablemente el ámbito del orden social. En materia laboral, ese ámbito se extiende, en primer lugar, a las cuestiones litigiosas que se promuevan entre los empresarios y los trabajadores derivadas del contrato de trabajo o del contrato de puesta a disposición; entre las sociedades laborales o las cooperativas de trabajo asociado y sus socios trabajadores, exclusivamente por la prestación de sus servicios; y, en relación con el régimen profesional, tanto en su vertiente individual como colectiva, de los trabajadores autónomos económicamente dependientes. Debe resaltarse que los incesantes avances tecnológicos desde finales del siglo XX a la actualidad han incidido, de manera relevante, en el nacimiento de nuevas figuras que afectan a las relaciones laborales. De este modo, ha aparecido el trabajo en plataformas digitales, conocido también como «economía colaborativa», «economía participativa», «economía digital a demanda» o *gig economy*. En numerosas ocasiones, se debate sobre la naturaleza laboral de estas relaciones o la configuración de los *riders* como falsos autónomos.

En segundo lugar, dentro de las materias laborales, conoce la jurisdicción social de todas las cuestiones sobre derechos fundamentales y libertades públicas, incluidos los temas de acoso. En este sentido, se consagra legislativamente la doctrina emanada del Tribunal Constitucional, entre otras, en la sentencia 56/2019, de 6 de mayo. Se posibilita la extensión competencial del orden social frente a los terceros sujetos causantes de la vulneración de un derecho fundamental, pudiendo ser sujeto activo del acoso el trabajador de una tercera empresa. También se incluyen en el ámbito de la jurisdicción social las reclamaciones en materia de libertad sindical y derecho de huelga frente a las actuaciones de las Administraciones Públicas referidas exclusivamente al personal laboral, excepto el mantenimiento de los servicios esenciales y los servicios mínimos. Entre otras materias laborales, destacan las controversias entre dos o más sindicatos, o entre estos y las asociaciones empresariales, siempre que el litigio verse sobre

cuestiones objeto de la competencia del orden jurisdiccional social; los conflictos colectivos; la impugnación de los convenios colectivos estatutarios, extraestatutarios y de los laudos arbitrales; las controversias sobre materia electoral, incluidas las elecciones a órganos de representación del personal al servicio de las Administraciones Públicas; las que versen sobre constitución y reconocimiento de la personalidad jurídica de los sindicatos y asociaciones empresariales, régimen jurídico, impugnación y reforma de sus estatutos y su responsabilidad por la infracción de normas de la rama social del Derecho; y las cuestiones litigiosas que se promuevan contra las Administraciones Públicas, incluido el Fondo de Garantía Salarial.

Debe reseñarse la atribución a la jurisdicción social del conocimiento de las impugnaciones de las resoluciones administrativas de imposición de sanciones en materia laboral y sindical. Se consigue con ello evitar el denominado «peregrinaje de jurisdicciones», pues, con la normativa anterior, respecto de una misma infracción empresarial de la legislación de seguridad y salud laboral, la jurisdicción social conocía del recargo de prestaciones y la contencioso-administrativa de la impugnación de la sanción impuesta. Esta dualidad ha desaparecido, y conocerá de ambas pretensiones la jurisdicción social.

Por otro lado, la atribución de la competencia para el conocimiento de las materias de Seguridad Social data desde los inicios del sistema de protección social. En este sentido, cabe destacar que la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900 anunciaba la creación de unos tribunales o jurados especiales para resolver los conflictos que surgieran en su aplicación, creándose en 1908 los Tribunales Industriales. En esta línea, se atribuyó a las antiguas Magistraturas de Trabajo, en 1938, la competencia para conocer de «los pleitos sobre accidentes de trabajo, seguros sociales y prestaciones del Mutualismo laboral». Y, a partir del texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral de 1966, se utilizó la expresión «pleitos sobre Seguridad Social» para otorgarle la competencia a la jurisdicción social en esta materia.

En la actualidad, el legislador extiende considerablemente el ámbito de los órganos del orden jurisdiccional social en materia de prevención de riesgos laborales, convirtiéndolos, como declara el preámbulo de la LJ Social, en garantes del cumplimiento de esta normativa, respecto de los trabajadores, de los funcionarios, del personal estatutario y del personal laboral al servicio de la Administración Pública. Solo quedan excluidas las controversias que afecten a los recursos preventivos.

Todas las cuestiones que afecten a la acción protectora de la Seguridad Social se encuentran atribuidas a la jurisdicción social, concretamente, en materia de prestaciones, incluidas la protección por desempleo y por cese de actividad de los trabajadores por cuenta propia, las mejoras voluntarias de la Seguridad Social y los compromisos por pensiones exteriorizados a través de los planes de pensiones y de los contratos de seguro y los que deriven de una decisión unilateral del empresario, del contrato de trabajo, del convenio colectivo o de un pacto extraestatutario. También se incluyen las cuestiones sobre los complementos de prestaciones o indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo o enfermedad profesional, establecidas por la Administración Pública a favor de cualquier beneficiario. Por tanto, no

solo cuando la mejora se refiera al personal laboral, sino también cuando afecte a los funcionarios o al personal estatutario.

Igualmente, le competen las cuestiones litigiosas que se promuevan en materia de intermediación laboral, en los conflictos que se susciten entre los trabajadores y los servicios públicos de empleo, las agencias de colocación autorizadas y otras entidades colaboradoras.

Asimismo, conocerá de todas las impugnaciones de otros actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo en el ejercicio de sus potestades y funciones en materia laboral y sindical que pongan fin a la vía administrativa, siempre que en este caso su conocimiento no esté atribuido a otro orden jurisdiccional.

Los problemas de *delimitación* del ámbito de la jurisdicción social en determinadas materias han originado conflictos de competencia, que son los que se producen entre los órganos judiciales de distintos órdenes jurisdiccionales y se resuelven por la Sala especial de Conflictos del Tribunal Supremo. Los conflictos de competencia que afectan a la jurisdicción social se producen fundamentalmente en relación con la jurisdicción contencioso-administrativa y con la civil.

Precisamente, la exclusión de los actos de gestión y de encuadramiento de la Seguridad Social del conocimiento de la jurisdicción social ha suscitado algunas controversias. Dentro de los actos de encuadramiento, se encuentran la inscripción de las empresas, la cobertura de los riesgos profesionales, la tarifación, la afiliación, alta, baja y variaciones de datos de los trabajadores. Se insertan en lo que la doctrina administrativista denomina «las técnicas de información en el marco de la actividad administrativa de ordenación». En un principio, eran de la competencia del orden social, pero se atribuyó su conocimiento a la contencioso-administrativa, excepto la cobertura de la prestación de incapacidad temporal. De igual manera, la gestión recaudatoria se atribuyó a la competencia de la jurisdicción contencioso– administrativa, aunque también constituye una materia de Seguridad Social y podría haberse atribuido al orden social de la jurisdicción, en aras de que conociera de toda la rama social del Derecho. Ahora bien, en ocasiones es preciso analizar la naturaleza del acto administrativo para determinar la jurisdicción competente. Existen algunos supuestos controvertidos. Y así, la determinación del capital coste de renta que debe ingresar la Mutua o el empresario responsable en la Tesorería General de la Seguridad Social. Si la fijación del capital coste se ha de llevar a cabo en la ejecución de una resolución administrativa, la competencia corresponderá a la jurisdicción contencioso-administrativa. Por el contrario, si la prestación o la responsabilidad de la Mutua o del empresario ha sido reconocida judicialmente, la determinación del capital coste compete a la jurisdicción social.

Los conflictos de competencia entre la jurisdicción social y la civil se han generado por la determinación de la naturaleza laboral o no de la relación y, en el ámbito mercantil, sobre todo, por la delimitación de competencias entre los órganos judiciales del orden social y el juez del concurso.

BIBLIOGRAFÍA

MONTOYA MELGAR, A., dir.: *Diccionario Jurídico*. Pamplona: Thomson Reuters, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 2016.

— *Enciclopedia jurídica básica*. Madrid: Civitas, 1995.

MUÑOZ MACHADO, S., dir.: *Diccionario del español jurídico*. Barcelona: Espasa, 2016.

ORELLANA CANO, A. M.ª: «Las competencias en materia de Seguridad Social en la Ley reguladora de la Jurisdicción Social», en *Revista del Ministerio de Trabajo y de la Seguridad Social*, 99 (2012).

Ana María ORELLANA CANO
Académica de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España
Magistrada especialista de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid

VER TAMBIÉN: CONTRATO DE TRABAJO / CONVENIO COLECTIVO / DERECHO DEL TRABAJO / DERECHOS SOCIALES / DESPIDO LABORAL / ESTADO SOCIAL / HUELGA / JURISDICCIÓN (CIVIL, CONSTITUCIONAL, CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA, PENAL) / ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO / **PANDEMIA: PERSPECTIVA LABORAL** / SALARIO / SINDICATOS

JURISDICCIÓN UNIVERSAL

Una de las grandes aportaciones contemporáneas de España a los derechos humanos se produce en la denominada jurisdicción universal, es decir, en la aplicación de la competencia universal para perseguir por los órganos judiciales españoles grandes crímenes contra la Humanidad cometidos fuera del territorio nacional. La jurisdicción universal, indica el Tribunal Constitucional, es una fórmula garante de un espacio universal de jurisdicción con objeto de erradicar la inmunidad respecto de determinados crímenes, particularmente odiosos para la Humanidad por ser agresiones muy graves a los derechos humanos (STC 140/2018 y STC 237/2005).

Desde finales de los noventa, España se convierte en un ejemplo sobre el principio de jurisdicción universal, con asuntos tan sonoros como *Scilingo* y *Cavallo (Argentina), Pinochet, Guatemala, Couso, Tibet, Falun Gong, Vuelos de la CIA, Sáhara y Ruanda*, así como otros en que se archivaron como las denuncias contra dirigentes de Perú, Venezuela, Cuba, Marruecos, Guinea, China o Colombia. Como ha indicado Ollé, esto convirtió a nuestro país en un referente universal sobre la vigencia del principio de universalidad y del Derecho Internacional Público.

La doctrina ha analizado las aportaciones de España al principio de jurisdicción universal. Cabe señalar, muy sucintamente, que el principio de universalidad de la jurisdicción atribuye a los tribunales del Estado el conocimiento de los delitos cometidos con independencia del lugar de comisión y de la nacionalidad del autor. La Audiencia Nacional inició esta dinámica en 1996 con las denuncias por delitos de genocidio y terrorismo contra altos responsables de las dictaduras militares de Argentina (1976-1983) y Chile (1973). Por lo demás, la dinámica generada en torno a los tribunales penales supuso un impulso en muchas jurisdicciones nacionales. En España sería condenado en 2003 Scilingo, militar de Argentina que trabajaba en la ESMA (Escuela Superior de Mecánica de la Armada) y que había participado en dos «vuelos de la muerte». Condenado por crímenes contra la humanidad y genocidio, el Tribunal Supremo en 2005 no admitió la aplicación de la costumbre penal de los crímenes contra la humanidad, que no fueron introducidos en el Código Penal español hasta 2004, por lo que fue condenado por otros tipos penales, que no eran en puridad tan propiamente aplicables.

Pigrau Solé ha analizado la práctica de Alemania, Australia, Austria, Bélgica, Canadá, Dinamarca, Estados Unidos, Finlandia, Francia, Israel, Italia, Noruega, Nueva Zelanda, Paraguay, Países Bajos, Reino Unido, Senegal o Suecia. Esta práctica pone de relieve diversos problemas relativos a los márgenes de discrecionalidad, las inmunidades, la cuestión de la prescripción, el carácter subsidiario, la tipificación interna de las conductas, etc.

La práctica en los últimos años de España y de otros países ha evidenciado la colisión entre los valores y el poder en el ámbito internacional. Eso llevó en 2009 a la reforma legal, mediante la que las Cortes Generales restringieron el alcance de la jurisdicción universal, que estaba generando conflictos diplomáticos con países como Estados Unidos, Israel o China, entre otros. El nuevo art. 23.4 LOPJ restringía la jurisdicción universal a que

quedase acreditado que los presuntos responsables estuviesen en España, o fuesen víctimas de nacionalidad española, o se constatase un vínculo de *conexión relevante* con España, y que otro país competente o un tribunal internacional no hubiesen iniciado una investigación y persecución efectiva. Se trata de los delitos de genocidio y lesa humanidad, terrorismo, piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves, delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores e incapaces, tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes, tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadoras, delitos relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España, y cualquier otro que, según los tratados y convenios internacionales, en particular los convenios de Derecho Internacional humanitario y de protección de los derechos humanos, deba ser perseguido en España.

Previamente la STC 237/2005 había entendido que se había vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la jurisdicción (art. 24.1 CE) de los recurrentes, y anuló el auto del Pleno de la Audiencia Nacional de 13 de diciembre de 2000 y la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2003. Y ello porque para el TC el principio de justicia universal se basa en las características de los delitos sometidos a ella, cuya lesividad trasciende las concretas víctimas y alcanza a la comunidad internacional en su conjunto (FJ 9). Se trata –indica– por ello, de un interés compartido por los Estados y no de un interés particular solo de España o de otros países; la concepción de la jurisdicción universal actualmente vigente no se configura en torno a vínculos de conexión fundados en particulares intereses estatales, sino que, indica (citando la resolución de 26 de agosto de 2005, del Instituto de Derecho Internacional), es «la competencia de un Estado para perseguir, en caso de ser declarados culpables, y castigar, a presuntos delincuentes, independientemente del lugar de la comisión del delito y sin consideración a vínculo alguno de nacionalidad activa o pasiva u otros criterios de jurisdicción reconocidos por la ley internacional». Para el TC «es de difícil conciliación unir el interés común por evitar la impunidad de crímenes contra la Humanidad con el interés concreto del Estado en la protección de determinados bienes. Esa interpretación que busca conectar los intereses nacionales con el acceso a la jurisdicción, excluyendo interpretaciones más laxas (y acordes con el principio *pro acciones*) vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva de los demandantes».

Ahora bien, una vez que el legislador español restringe esta jurisdicción también se va a considerar adecuado, pues estamos ante una facultad más que ante una obligación. En esta línea, una segunda vuelta de tuerca, un *cierre de la jurisdicción universal, se produjo en otra reforma de 2014*, que también fue objeto de un recurso de inconstitucionalidad. El TC confirma que estamos ante una facultad que no es una obligación de los Estados, tanto en el Derecho Internacional como en el europeo, y que no existe por lo tanto un principio absoluto de jurisdicción universal.

Estas reformas de 2009 y de 2014 han producido un *repliegue de la jurisdicción universal* que, si bien puede servir desde la perspectiva de los intereses y puede acabar con los excesos que se podían haber producido, hace un flaco favor a la defensa de los valores (Remiro Brotons). Buena prueba es que en los últimos años ha caído la actividad de la Audiencia Nacional en defensa de los derechos humanos en otros países.

BIBLIOGRAFÍA

FERNANDEZ LIESA, C.: *El Derecho Internacional de los derechos humanos en perspectiva histórica*. Madrid: Thomson Reuters, 2013.

— «La relación entre Poder y Derecho el Derecho Internacional», en *Teoría y metodología del Derecho. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*. Madrid: Dykinson, 2008.

FERRER LLORET, J.: «The principle of universal criminal jurisdiction in Spain practice (2003-2009)», en *Spanish Yearbook of International Law*, 15 (2009).

OLLE SESE, M.: «La aplicación del principio de justicia universal: una visión iberoamericana», en *Tribunales internacionales y espacio iberoamericano*, Fernández Liesa, C., (dir.). Madrid: Universidad Carlos III, 2009.

PIGRAU SOLE, A.: *La jurisdicción universal y su aplicación en España: La persecución del genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la Humanidad por los tribunales nacionales*. Barcelona: Generalitat de Catalunya, 2009.

PUEYO LOSA, J.: «El principio de jurisdicción universal y el Estatuto de la Corte Penal Internacional», en Rodríguez-Villasante, J. L., coord., *El Derecho Internacional humanitario ante los retos de los conflictos armados actuales*. Madrid: Marcial Pons, 2006.

REMIRO BROTONS, A.: «La responsabilidad penal individual por crímenes internacionales y el principio de jurisdicción universal», en *Creación de una jurisdicción penal internacional*. Madrid: BOE, 2000.

— «Crímenes internacionales, jueces estatales», en *Política exterior*, 134 (2010).

Carlos R. FERNÁNDEZ LIESA
Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales
Universidad Carlos III de Madrid

VER TAMBIÉN: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS / CORTE PENAL INTERNACIONAL / DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO / DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO / DERECHOS FUNDAMENTALES / ESTADO DE DERECHO / JURISDICCIÓN / TRIBUNAL CONSTITUCIONAL / TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

JURISPRUDENCIA

El primer sentido (y el menos empleado hoy día) del término Jurisprudencia, que conviene escribir con mayúscula, es el que la identifica con Ciencia del Derecho. O, si se prefiere, con Dogmática Jurídica, como dice en su acepción segunda el *Diccionario del Español Jurídico*. Así lo encontramos en la denominación de la Real Academia de *Jurisprudencia* y Legislación o en la descripción de corrientes doctrinales en Filosofía del Derecho tales como *Jurisprudencia* de conceptos o de intereses o de valoraciones o sociológica o analítica, etc. Recuérdese también la traducción al uso de los opúsculos más influyentes del siglo XIX alemán: *Sobre la vocación de nuestro tiempo para la Legislación y la Jurisprudencia* (1814), de F. C. von Savigny, aunque el autor utiliza el término *Rechtswissenschaft*, y *La Jurisprudencia no es ciencia* (1847), de J. von Kirchmann, que en este caso sí habla de *Jurisprudenz*. En el mundo anglosajón era y todavía es frecuente este uso doctrinal. Por citar un ejemplo entre muchos posibles, John Austin fue profesor de *Jurisprudence* en el University College de Londres desde 1828 a 1832, año en que renunció a la cátedra ante la escasez de alumnos, derivada sin duda del escaso interés de los aspirantes a ejercer de *barrister* en Inglaterra por las teorías abstractas de los autores continentales que explicaba Austin.

Como es notorio, jurisprudencia, en este caso con minúscula, se entiende usualmente como criterio reiterado de determinados órganos jurisdiccionales en la interpretación y aplicación del Derecho. Los manuales clásicos siguen planteando una división tajante entre Derecho anglosajón y continental. En el primero, los rasgos característicos son: *judge made law*; principio de *stare decisis*, y concepción del Derecho como «lo que el juez decide» (O. W. Holmes). Por tanto, la jurisprudencia es fuente del ordenamiento y, en rigor, el Derecho *es* la jurisprudencia. En el segundo, se proclama la primacía de la ley frente al poder «neutro» del juez (Montesquieu), cuya subordinación llega al extremo casi ridículo con la doctrina del silogismo. Tal contraposición tajante resulta insostenible hoy día. Ni la ley es un cuerpo extraño en los sistemas de *Common Law*, ni la jurisprudencia es fuente simplemente auxiliar y secundaria en los sistemas continentales. Como mínimo, debe afirmarse que es fuente *potencial* en nuestro ordenamiento jurídico y, en cuanto a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, es notorio que «se integra en el proceso de desarrollo normativo de la Constitución» (Xiol Ríos). El protagonismo judicial ha crecido notablemente en el marco de un Derecho que otorga un papel muy relevante a los valores y principios y en que las normas del *soft law* y las leyes promocionales, entre otros factores, amplían el ámbito discrecional de jueces y tribunales llamados a *ponderar* derechos y deberes y a practicar juicios de *razonabilidad* a partir de normas «abiertas», que permiten, o incluso exigen, una exégesis creativa.

En cuanto al Derecho positivo, todavía hay que partir del art. 1.6 del Código Civil en su función «constitucional» (Herrero de Miñón), tal como fue redactado en la reforma del título preliminar de 1973-74. Dice así: «La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho». Lue-

go, si no queremos forzar la lectura del precepto hasta límites inaceptables, la jurisprudencia no es *formalmente* fuente del Derecho español. Veamos sus características: 1) Debe provenir del Tribunal Supremo, aunque se utiliza continuamente para la argumentación jurídica la doctrina emanada de la Audiencia Nacional o de los Tribunales Superiores de Justicia; 2) Esta jurisprudencia del Supremo se crea por cada una de sus Salas, dentro de su ámbito propio; 3) La doctrina ha de ser *reiterada*, aunque nunca estuvo claro cuántas resoluciones son necesarias para que se consolide, si bien parece evidente que ha de haber dos, como mínimo; 4) Sigue siendo motivo de disputa el viejo tema de la distinción entre la *ratio decidendi*, fundamentos argumentales de los que depende el fallo, creadores de jurisprudencia, y los *obiter dicta*, opiniones o dichos «incidentales» que se vierten aquí o allá en el texto de la sentencia. Además de la dificultad evidente para distinguir unos de otros, es conocido el rechazo por parte del TC a que se realice tal distinción respecto de sus propias resoluciones; 5) Por último, téngase en cuenta que el papel de la jurisprudencia se refuerza en las leyes procesales como eventual motivo para interponer recurso de casación ante el Supremo, ya sea respecto del caso concreto o bien para la unificación de doctrina. La cuestión se plantea de forma diferente en cada orden jurisdiccional, y a su estudio hay que remitirse.

El art. 5 LOPJ supuso en su día una genuina «revolución» en el Derecho español: «La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico y vinculará a los jueces y tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos». Consagración de la mejor doctrina expresada por García de Enterría (*La Constitución como norma*) y de la primera jurisprudencia del propio TC, este precepto contemplado ya con la perspectiva de casi cuatro décadas deja muy clara la naturaleza de fuente jurídica que alcanza a los pronunciamientos del supremo intérprete de la norma fundamental: *la Constitución dice lo que el TC dice que dice*. La influencia del Alto Tribunal sobre el sistema jurídico en su conjunto queda bien reflejada en el art. 161.1 a) CE, cuando establece: «La declaración de inconstitucionalidad de una norma con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a esta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada».

De ahí la relevancia que debe otorgarse al estudio del valor y alcance de sus sentencias y demás resoluciones. La regulación constitucional y legal es más bien escueta, pero suficiente. A tenor del art. 164 CE cabe destacar el valor de *cosa juzgada* y los efectos *erga omnes*. En términos contundentes de la STC 166/1994, la declaración de inconstitucionalidad supone la «expulsión» de una norma del ordenamiento jurídico «de una vez por todas y para siempre». Este poder atribuido a la jurisdicción constitucional supone nada menos que un límite insuperable para la omnipotencia del legislador. Los Tribunales Constitucionales, dicen sus críticos, actúan como poder «contramayoritario» que no debería imponer su voluntad sobre los representantes de la soberanía popular. Valga aquí, para hacer frente a ese argumento, la tesis de J. Habermas sobre la justicia constitucional como garantía de la «razón pública» y del sometimiento del poder al Derecho, seña de identidad de la democracia constitucional. Por otra parte, el TC es garante de la distinción entre «poder constituyente»

y «poderes constituidos» (STC 76/1983, caso LOAPA), de manera que su legitimidad deriva también en última instancia del titular indiscutible de la soberanía. En fin, el riesgo de las sentencias interpretativas (que no necesariamente «manipulativas») pone en cuestión la posición del TC en el sistema de fuentes del Derecho en sentido material. Recordemos algunos criterios del propio Tribunal: la interpretación *conforme* a la Constitución no debe amparar una lectura *contra legem*, ni puede «desfigurar» preceptos legales que sean «claros» y «meridianos» y, sobre todo, no puede convertir al TC en un legislador *positivo* que suplante las funciones atribuidas al Parlamento (STC 96/1996 y muchas otras).

Otros varios problemas deben ser planteados acerca de la jurisprudencia del TC: la cuestión, ya bien resuelta, del juego entre inconstitucionalidad y nulidad; el significado de los votos particulares, de notable relevancia doctrinal, etc. Especialmente importante es el debate sobre igualdad *en la aplicación de* la ley, es decir, visto desde otra perspectiva, sobre el cambio de criterios jurisprudenciales. El Tribunal se planteó el problema muy al principio y con una postura muy «realista» (A. Ollero): si un órgano judicial considera que debe apartarse de sus precedentes, debe ofrecer para ello «una fundamentación suficiente y razonable». Y añade: «Distinto es el problema de la igualdad en la aplicación de la ley» si se refiere a órganos plurales, pues en tal caso «la institución que realiza el principio de igualdad y a través de la que se busca la uniformidad es la jurisprudencia, encomendada a órganos jurisdiccionales de superior rango», porque el principio de igualdad en la aplicación de la ley «tiene necesariamente que cohonestarse» con el de independencia de los órganos jurisdiccionales (STC 49/1982, FJ 2).

En definitiva, ni se debe *petrificar* la jurisprudencia, porque no es posible detener la «vida del Derecho» (A. Hernández-Gil), ni tampoco cabe traspasar la barrera que separa el arbitrio judicial de la arbitrariedad, cuya interdicción proclama el art. 9.3 CE (T. R. Fernández). Si recurrimos a la etimología, la *prudentia* del juzgador juega aquí un papel de máxima relevancia en tiempos confusos para la estabilidad del ordenamiento jurídico.

BIBLIOGRAFÍA

Fernández Rodríguez, T. R.: *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*. Madrid: Iustel, 2005.

Ollero, A.: *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2.ª ed. 2005.

Roca, E.; Puig Brutau, J.: *La jurisprudencia como fuente del Derecho*. Barcelona: Bosch, 2006.

Pablo J. Pendás Prieto
Letrado de las Cortes Generales

VER TAMBIÉN: ARBITRARIEDAD / CODIFICACIÓN / *COMMON LAW* / CONSTITUCIÓN NORMATIVA / COSTUMBRE JURÍDICA / DIÁLOGO DE TRIBUNALES / ESTADO DE DERECHO / INTERPRETACIÓN JURÍDICA / JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL / ORDENAMIENTO JURÍDICO / SEGURIDAD JURÍDICA

JURISPRUDENCIA DE CONCEPTOS

La historia de la «Jurisprudencia de Conceptos» *(Begriffsjurisprudenz)* representa en la modernidad jurídica alemana el dilema metodológico entre la seguridad que ofrece un sistema de conceptos jurídicos riguroso (científico) frente al abandono de la realidad que puede aparejar un alto grado de «racionalización» del Derecho. Rudolf von Jhering, uno de los más grandes juristas del siglo XIX, dio carta de nacimiento a esta corriente al advertir con transparencia los peligros de un Derecho en exceso conceptual: los conceptos sirven a la vida, no la vida a los conceptos *(Das Leben ist nicht der Begriffe, sondern die Begriffe sind des Leben wegen da)*.

Mención a la Jurisprudencia de Conceptos se hace por primera vez a finales del siglo (1884) en la obra de Jhering *Bromas y veras en la Jurisprudencia*: según este romanista universal, en su atención exclusiva al elemento técnico o lógico este modelo científico dejaba fuera el debate de la justicia *(Rechtsgefühl)* y las «exigencias» de la vida práctica en el Derecho *(Bedürfnisse)*. Un Derecho que en tiempos del jurista era el (privado) romano recibido en el siglo XI europeo, vigente en Alemania hasta la entrada en vigor del Código Civil alemán (BGB) en 1900. Entre los juristas «conceptualistas» o *Begriffsjuristen* más destacados que la tradición vincula con la corriente aparecen Georg Friedrich Puchta, Bernhard Windscheid y Friedrich Carl von Savigny. También el primer Jhering, siempre que se acepte la lectura (que él mismo promocionó) de su obra dividida en dos etapas, dando paso, tras su particular «Damaskus» (Wieacker), a la Jurisprudencia de Intereses, corriente científica de la que fue representante principal precisamente en su oposición al conceptualismo jurídico característico de la Ciencia pandectística *(Pandektenwissenschaft)* practicada por él mismo hasta entonces.

Para obtener una idea aproximada de la Jurisprudencia de Conceptos es necesario situarse en los orígenes históricos de esta corriente doctrinal, que son anteriores a su primera mención en el opúsculo de Jhering *Bromas y veras*, pues se remontan a los inicios del XIX, un tiempo que coincide con el ocaso de la Ilustración jurídica alemana y el inmediato advenimiento del moderno positivismo jurídico (Gustav Hugo). En general, el modelo de la Jurisprudencia de Conceptos que se desarrolla a lo largo de este siglo de gran producción científica se define por trabajar el Derecho de un modo que se basó, en primer lugar, en la investigación e interpretación de las fuentes jurídicas antiguas *(Corpus Iuris Civilis)*, material sobre el que se construyeron los hegemónicos sistemas de Derecho privado (sin duda el más famoso sería el *Sistema de Derecho romano actual* de Savigny, 1840): sistemas por tanto históricos («orgánicos», en la terminología del momento), no racionales, que apoyados en el idealismo poskantiano (superada la filosofía *crítica*) expresaban el llamado «Espíritu del Pueblo» o *Volksgeist* alemán. Este método «histórico» (mejor: *historicista*, *geschichtlich*) no admitía una argumentación lógico-deductiva (típica de sistemas de construcción piramidal, como el *puro* de Kelsen), sino «intuitiva» y analógica, con base en la cual se podían obtener los principios (histórico-lógicos) sobre los que fundamentar estos famosos sistemas pandectísticos *(Pandektensystem)*, herramienta metodológica funda-

mental en esta etapa de poderosa *Rationalisierung* del Derecho.

La crítica que formulaba Jhering en este escrito dirigido al «gran público» se refería a la metodología «escolástica» de la Jurisprudencia de su tiempo, caracterizada por profesar un culto al razonamiento abstracto que se plasmaba en aquel *mundo de conceptos (Begriffswelt)* frecuentado por juristas pandectistas. Llevar el trabajo jurídico «como tal» (*als solche*: Windscheid) más allá de las «necesidades de la vida» volvía la espalda a la realidad *(Lebensfremd):* la Ciencia jurídica, reclamaba Jhering, debía tratar los problemas jurídicos como «cuestiones de fines» *(Zweckmässigkeitsfragen),* no de «esencias» *(Wesensfragen).*

Con la poderosa influencia ejercida por Jhering en el mundo jurídico alemán de finales del siglo XIX, la crítica se asienta y la Jurisprudencia de Conceptos se convierte en la corriente científica que en puridad nadie debía abrazar: toda nueva escuela –la del Derecho libre *(Freirechtsschule),* la Jurisprudencia de Intereses, la Jurisprudencia sociológica, la escuela del Derecho Natural, la Tópica, la Jurisprudencia de valores– debía separarse de esta *Begriffsjurisprudenz* en sus métodos. Pronto los adversarios de la Jurisprudencia de Conceptos iban a traspasar las fronteras alemanas y los textos críticos informaban las grandes tendencias antiformalistas de la Ciencia jurídica occidental en el cambio de siglo: desde Roscoe Pound en Estados Unidos a François Geny en Francia, que reclamaba una *recherche scientifique* que trascendiera los corsés de la lógica y alcanzara al dato de la experiencia ética, sociológica y económica, que debía siempre acompañar a la jurídica.

El significado de la Jurisprudencia de Conceptos variará sustancialmente con ocasión de la entrada de Alemania a principios del XX en el modelo moderno del Código (*assolutismo giuridico*: Grossi): lo que en sus inicios fue una crítica por su excesiva abstracción en la construcción desde fuentes antiguas de conceptos para la sociedad moderna (y como mejor ejemplo la *culpa in contrahendo* del primer Jhering «conceptualista»), con la entrada de la ley en el sistema de fuentes (hasta entonces reservado al *Jurist*) la crítica se va a dirigir ahora al trabajo formalista en la interpretación que se hacía del Código. En esa línea, la Jurisprudencia de Conceptos ha servido hasta la fecha para ejemplificar un modelo positivista de Jurisprudencia en el que el jurista, en su operar deductivo con la ley *(Subsumtionsautomat)* desconoce la realidad a que necesariamente debe responder el Derecho. Frente al trabajo frío y racional con «conceptos», deben rastrearse los «intereses» que subyacen a la voluntad del legislador (*Interessenjurisprudenz*: Philipp Heck). Factores socioeconómicos como la industrialización o culturales como el auge primero del darwinismo y posteriormente de las ciencias del espíritu (*Geisteswissenschaften*: Wilhelm Dilthey) y la filosofía de los valores (Max Scheler, Nicolai Hartmann) determinarían el definitivo intento de superación de una Ciencia jurídica concebida *more geometrico*. El Derecho, se insiste, es una Ciencia de problemas, de conflictos e intereses en juego, no (solo) de conceptos, y sus postulados son así defendibles, no verdaderos (ni falsos), en palabras de otro gran crítico de la Jurisprudencia de Conceptos: Karl Larenz. A esta corriente termina así por oponerse todo aquel que se inclina(ba) por leer la ley y los conceptos jurídicos más allá de su interpretación formal, en un intento de buscar la expresión real del ordenamiento jurídico en la experiencia concreta (en una *Tatsachenforschung* como la impulsada por el sociologismo jurídico

de Arthur Nussbaum, en la senda de Eugen Ehrlich), o con objeto de captar su sentido «verdadero», como quería Carl Schmitt, en un orden jurídico trascendental (aquí, el del nacional-socialismo: *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, 1934).

Pero esta lectura tradicional, muy asentada en nuestra cultura jurídica (gracias fundamentalmente a las lecturas consagrantes, con apoyo en Jhering, de Karl Larenz y Franz Wieacker), ha sido desde las décadas finales del pasado siglo objeto de una importante revisión. El examen demorado de los textos de la época de la Jurisprudencia de Conceptos nos presenta un «método» o acercamiento al fenómeno jurídico típico del XIX alemán que se preocupó de no descuidar la realidad a que atendían sus elaboraciones dogmáticas. Un resultado que se ha podido confirmar para los casos paradigmáticos de Windscheid, que dejó abierta la puerta a un «control de justicia», como para Puchta, que basó su doctrina en las «necesidades prácticas».

En síntesis: los dogmas sobre los que se asienta este mito de la Jurisprudencia de Conceptos, la completitud del sistema y la relación lógico-deductiva que mantienen los conceptos superiores con los inferiores, no se corresponden con la realidad científica de este siglo XIX «conceptual» y «pandectista». Un siglo de enorme creación (y por eso de gran proyección internacional), que desde la interpretación de textos históricos (las Pandectas justinianeas) supo elaborar un Derecho «actual» *(heutig)* para una sociedad en desarrollo industrial.

BIBLIOGRAFÍA

BRETONE, M.: *Diritto e tempo nella tradizione europea*, 2.ª ed. Bari: Laterza, 2004.

GARRIDO, J.: *Fuentes, Método y Sistema en la Escuela histórica del Derecho. Georg Friedrich Puchta (1798-1846)*. Granada: Comares, 2019.

HAFERKAMP, H.-P.: *Georg Friedrich Puchta und die «Begriffsjurisprudenz»*. Frankfurt: Klostermann, 2004.

HECK, P.: *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*. Tübingen: Mohr, 1932.

JHERING, R. von: *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz. Eine Weihnachtsgabe für das juristische Publikum*, 13.ª ed. Leipzig: Breitkopf und Härtel, 1924.

PUCHTA, G. F.: *Cursus der Institutionen*, I. Leipzig: Breitkopf und Härtel, 1841.

WIEACKER, F.: *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besondere Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1967.

WILHELM, W.: *Zur juristische Methodenlehre. Die Herkunfl der Methode Paul Labands aus der Privatrechtswissenschaft*. Frankfurt: V. Klostermann, 1958.

Joaquín GARRIDO MARTÍN
Profesor de Derecho Romano
Universidad de Sevilla

VER TAMBIÉN: CODIFICACIÓN / INTERPRETACIÓN JURÍDICA / IUSNATURALISMO / JURISPRUDENCIA / JURISPRUDENCIA DE INTERESES Y DE VALORACIONES / JUSTICIA / MÉTODO JURÍDICO / POSITIVISMO JURÍDICO / REALISMO JURÍDICO / RETÓRICA JURÍDICA / TEORÍA ANALÍTICA DEL DERECHO / TEORÍA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO / UTILITARISMO JURÍDICO

JURISPRUDENCIA DE INTERESES Y DE VALORACIONES

Paradigma de metodología jurídica planteado en los comienzos del siglo XX para delimitar el alcance de la «creación» de Derecho por el juez al aplicar la norma, fue propuesto por el civilista Philipp Heck (1858-1943), de la Universidad de Tubinga, en la conferencia pronunciada el 6 de febrero de 1912 en dicha Universidad: *El problema de la creación del Derecho*. Coincidieron con sus propuestas otros colegas (M. Rümelin, H. Stoll, R. Müller-Erzbach), por lo que también se ha denominado a esta corriente «Escuela de Tubinga».

El debate metodológico se había abierto al entrar en vigor (1900) el Código Civil alemán (BGB), considerado fruto de la Ciencia jurídica alemana del siglo XIX (Pandectística, Jurisprudencia de Conceptos, configurada a partir de los presupuestos de la Escuela histórica). Paradójicamente, tan considerable monumento de técnica legislativa fue recibido con recelo por numerosos juristas, particularmente jueces, que creyeron que obra «tan perfecta» reduciría su exposición a mera exégesis del texto legal y su aplicación a una tarea mecánica de subsunción del hecho bajo la norma. El sociólogo Max Weber, coetáneo cronista de ese malestar («los juristas académicos se sienten fuertemente amenazados en su función»), lo redujo a mera reacción de un «interés corporativo», desconocedor de la creciente tendencia «racionalizadora» de la modernidad (*Economía y sociedad*, VII, 8).

Los rasgos principales de la Jurisprudencia de intereses son:

A) Heck se opone, por una parte, a la «subsunción» como único modo de concebir la aplicación de una norma abstracta fijada de antemano y situada dentro de un sistema lógicamente coherente. Es ineludible que la norma «alcance su valor mediante la sentencia del juez», y que en ella se puedan tener presentes las «necesidades actuales» y las «posibles formas de satisfacerlas», ya que el legislador, que fija normas con pretensión de regular un futuro, no absolutamente previsible, cuenta además para esa tarea con medios limitados: conceptos jurídicos en modo alguno unívocos. Bien mirada, la subsunción proclamada por la Jurisprudencia de Conceptos la ve Heck como un «proceso de inversión»: en lugar de, en sentido descendente, aplicar la norma al hecho, se trata de incluir el hecho, en sentido ascendente, en el concepto jurídico presente en la proposición normativa.

B) De otra parte, ante esa dificultad, juristas contemporáneos de Heck optaron, como solución, por la «libre estimación del juez», quien dado el caso, que llega a ser general (en una formulación extrema: «el Derecho no consiste más que en lagunas»), puede resolver el conflicto concreto *praeter legem,* e incluso *contra legem*. Esa es la posición de la escuela de Derecho libre, término acuñado por E. Ehrlich en 1903, y hecho propio por otros juristas (H. Kantorowicz, E. Fuchs). Desde la comprensión del punto de partida, Heck sin embargo cree que esa postura «no ofrece garantías de uniformidad de las decisiones judiciales», ni por ello la seguridad jurídica exigida por la «vida».

C) La postura de Heck equidista de ambos planteamientos, al proponer que

«se complemente la norma legal de forma coherente y dependiente del precepto». Para ello, y pretendiendo que su propuesta sea neutra «filosóficamente», va a proponer una concepción del Derecho basada en un hecho empírico: el «interés». Para ello se apoya en Rudolf Jhering, que ya en *El fin del derecho* (I, 1877) había considerado esa manera de concebir el Derecho, que provocó en el joven Heck, estudiante de Matemáticas, una firme vocación de jurista. Para Heck, el legislador, en el texto legal por él promulgado, formula la solución, con carácter general, de un conflicto de intereses («Jurisprudencia genética de intereses»). Por su parte, el juez debe considerar asimismo el caso particular como un conflicto particular de intereses, a poner en relación con el conflicto general contemplado por el legislador («Jurisprudencia comparativa de intereses»). De esta forma queda incólume el principio de legalidad y delimitado el arbitrio judicial. Si queremos saber qué entiende Heck por «interés», como realidad social, fijemos su respuesta: «Utilizamos la palabra interés para designar cualquier disposición reivindicativa en un ámbito de cultura y sin tener en cuenta la naturaleza especial del objeto deseado: hablamos hoy no solo de intereses materiales, sino también de intereses ideales, religiosos, nacionales, éticos».

Concepción tan amplia plantea varias dudas metodológicas. Si los intereses son «causa» de las normas generales y de los casos concretos, no se nos explica, como tampoco lo hiciera Jhering, si estamos ante una «causa eficiente» o ante una «causa final» de normas y sentencias; en el primer caso estaríamos ante una explicación empírica; en el segundo, ante una interpretación teleológica de unas y otras. Una segunda duda se plantea: ante la amplia definición de interés –abarca tanto los intereses «materiales», como los «ideales»–, no sabemos si los primeros son meros hechos, mientras que los segundos son criterios de valoración de los primeros. Podríamos creer que en Heck los intereses no se imponen por su propia inercia que, como en la mecánica clásica, fueran la resultante de fuerzas de distinta potencia, y de direcciones diversas. Legislador y juez no los cuantifican, sino que los valoran. Por último, en todo este planteamiento queda sin resolver cómo del «ser» pasamos al «deber ser», cómo lo fáctico se convierte en normativo.

Con la llegada de III Reich, Heck se esforzó en mantener que su metodología jurídica era compatible –dada su indefinición filosófica– con el «nuevo orden jurídico». Dado el parentesco que «interés» tenía con el concepto de derecho subjetivo, y el supuesto carácter «individualista» de su aproximación al Derecho, sus contrarios –tanto el «orden jurídico concreto» proclamado por C. Schmitt, como el «nuevo Derecho Civil» del grupo de Kiel (K. Larenz)– insistieron en su obsolescencia. Sin embargo, la metodología jurídica de Heck sigue teniendo predicamento en nuestros días como Jurisprudencia de *valoraciones (Wertungsjurisprudenz).*

En esa evolución adquiere relevancia el tema de la «valoración» de los intereses, deficientemente abordada por Heck, y deudora de una respuesta a las críticas sintetizadas más arriba. En los últimos decenios ha cobrado relieve la contraposición entre norma y principio, siendo este «descubierto», no «dado», a través del razonamiento, pues en el mismo ordenamiento encontramos un marco racional de valoración. También se apunta a la remisión a los principios valorativos conte-

nidos en el texto constitucional, lo que sin embargo no deja de suscitar cuestiones abiertas, por las tiranteces que se dan entre una actitud «sistemática» y una actitud «problemática» al afrontar las cuestiones. En estas y otras propuestas actuales se intenta evitar la apelación a un «sentimiento jurídico» incontrolable, tal como ocurrió en los tiempos en que Heck hizo sus propuestas.

BIBLIOGRAFÍA

HECK, P.: *El problema de la creación del Derecho* (1912). Barcelona: Ariel, 1961.

— «Jurisprudencia de intereses» (1932), en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 4 (1948).

EDELMANN, J.: *Die Entwicklung der Interessenjurisprudenz*. Bad Homburg: Gehlen, 1967.

GARCÍA SALGADO, M.ª J.: *La Jurisprudencia de intereses de Philipp Heck*. Granada: Comares, 2011.

SCHOPPMEYER, H.: *Juristische Methode als Lebensaufgabe. Leben, Werk und Wirkungsgeschichte Philipp Hecks*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2001.

Juan José GIL CREMADES
Catedrático jubilado de Filosofía del Derecho
Universidad de Zaragoza

VER TAMBIÉN: CODIFICACIÓN / DERECHOS SUBJETIVOS / INTERPRETACIÓN JURÍDICA / JURISPRUDENCIA / JURISPRUDENCIA DE CONCEPTOS / LENGUAJE JURÍDICO / MÉTODO JURÍDICO / NEGOCIO JURÍDICO / POSITIVISMO JURÍDICO / PRINCIPIOS Y VALORES CONSTITUCIONALES / RETÓRICA JURÍDICA / SOCIOLOGÍA DEL DERECHO / TEORÍA COMUNICACIONAL DEL DERECHO / TEORÍA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO / UTILITARISMO JURÍDICO

JUSTICIA*

La practicidad axiológica de la justicia opera entre el Derecho y la dignidad humana, como peculiar proyección de la libertad social de los individuos y de los grupos. De aquí surge, por tanto, la posibilidad de un tratamiento ontológico de la justicia, considerando el elemento primordial de su realización y de su noción, que es la dignidad de la libertad humana al repercutir en el orden de las relaciones sociales ordenadas por normas jurídicas. La dignidad personal es la participación concreta en el valor universal de la justicia.

Cuando hablamos de la dignidad humana entendemos que la dignidad humana solo se salva y favorece cuando se respeta la libertad de cada ser humano. *Solo cuando se respeta la libertad se tiene consideración de la dignidad*. Por ello podremos estudiar la profundidad del respeto a la dignidad humana (pues este es el objeto humano de la justicia) estudiando el modo en que dentro de determinado grupo social se respeta la libertad social.

La libertad social puede estar implicada en tres clases de relaciones (y solo tres): 1) relaciones de *intercambio* entre iguales; 2) relaciones de *organización* de cada individuo en la colectividad, y 3) relaciones de *pertenencia* respecto a la colectividad. Son relaciones de coordinación, de participación y de integración (o sea, de paridad, de subordinación y de inclusión). Son las tres dimensiones que la doctrina tradicional denomina «especies de justicia», a saber: «conmutativa», «distributiva» y «general».

Hay épocas históricas en que prevalecen las relaciones de tipo contractual –e incluso la vinculación nacional es considerada teóricamente como resultado de un contrato–, y otros momentos en que prevalece una consideración contraria –el primitivo concepto de Larenz de que la atribución de derechos individuales dependía de la previa inclusión en una comunidad, y que aquellos consistían en las facultades que les correspondiesen en función de su situación en determinado lugar dentro del grupo–. Mas la prevalencia excesiva de un aspecto sobre otros indica una distorsión del modo equilibrado de considerar la presencia de la libertad humana dentro de su acción social. Efectivamente, la primordialidad de la libre iniciativa contractual parece referirse propiamente a las actividades pertenecientes a intereses económicos e individuales; la acción políticamente organizada de control y de aportación de recursos económicos para sostener los servicios públicos, tiene su oportunidad directa en las relaciones de participación pública. Por último, el sentimiento de la pertenencia y de la inclusión en un ámbito superior de relaciones exentas de toda coacción prevalece en las relaciones de comunión (religiosa, nacional, familiar, amistosa, cultural, etc.), las cuales han de ser consideradas como totalmente diversas de las relaciones específicamente políticas, para no caer en el riesgo de que las consideraciones comunitarias se conviertan, insertas

* NOTA EDITORIAL: El autor de este texto, profesor Sánchez de la Torre, falleció antes de terminar la voz «Justicia», que había comenzado a redactar con una cita de Dante Alighieri. En su memoria, hemos seleccionado algunos párrafos de uno de sus primeros libros, *Los principios clásicos del Derecho*. Madrid: Unión Editorial, 1975, capítulo 8, pág. 159 y sigs.

en mecanismos de dominación coactiva, en instrumentos totalitarios que aplasten las vinculaciones meramente afectivas y espirituales propias de este nivel de relación humana.

Todas estas clases de relaciones sociales están además mutuamente condicionadas.

Las relaciones de cooperación y de cambio interindividual están reguladas directamente por criterios de «justicia conmutativa», pero indirectamente por los criterios de la «justicia distributiva» y de la «justicia general». Análogamente, la relación de organización política viene fijada directamente por criterios de «justicia distributiva», pero también está influida por criterios indirectos de igualdad y de solidaridad (peculiares, sin embargo, respectivamente, de los intercambios entre particulares y de los afectos entre los pertenecientes a grupos espontáneos).

Las relaciones políticas, económicas y administrativas se regulan por criterios de «justicia distributiva», según los cuales cada uno debe estar en aquella situación (mando, prestigio, remuneración, etc.), que su mérito indique. Mérito este que depende de la dimensión en que se haya desarrollado preferentemente la personalidad individual. Así deberá ocupar lugares de mando quien más generosa y útil dedicación haya demostrado al bien común; tendrá recompensas honoríficas quien haya sobresalido en servicios a los demás y en hechos que signifiquen un enaltecimiento de la colectividad; tendrá más cuantiosos ingresos quien aporte en su actividad una mayor productividad al servicio de los recursos económicos de la empresa y del país. Pero sin romper nunca la solidaridad general ni la igualdad interindividual que la dignidad común requiere.

Por último, las relaciones culturales, las relaciones de humanidad, las implicaciones nacionales, familiares y afectivas se rigen por reglas de «justicia general», según las cuales nadie puede estar excluido de los beneficios y de las cargas de su inclusión en un ámbito natural y necesario de vida, y nadie pueda apropiarse exclusivamente la definición y la organización de los valores humanos, culturales o nacionales que constituyen ese ámbito de unidad constituido por la integración y el servicio a modos de vida y valores peculiares de todo el grupo. Pues la evolución de esos modos de vida y de esos valores comunitarios ha de permitir la continuidad de la inclusión de todos los individuos integrados en aquellos, y solo puede manifestarse mediante los recursos de la concurrencia y la síntesis espontánea de los valores y creencias individuales sin excepción.

En todo caso, la justicia ha de procurar promover y orientar la dignidad del ser humano, impidiendo que nadie abuse de nadie en ningún sentido. Por ello promueve: primero, la igualdad en el valor de lo intercambiado, segundo, la recompensa en el mérito, y siempre el contar con todos los que pertenezcan al grupo considerado.

Veamos cómo se articulan convergentemente los elementos ideales de la justicia (prenormativos) y fáctico-sociales (estructurales) en los *tria iuris praecepta*.

Los *tria iuris praecepta* son, aparentemente, solo «principios normativos», aunque en su expresión aparecen más bien como «normas principales» o «primordiales» cuya interpretación ha dado lugar a diversos malentendidos (el *honeste vivere* igual a «moralidad», el *alterum non laedere* igual a «equidad contractual», el *suum cuique* igual a «justicia») o al menos a simplificaciones intrascendentes.

Los *tria iuris praecepta* significan «hechos normativos», o sea, que contienen no solo

una «fuerza normativa en cuanto gérmenes de normas», sino también «fuerza normativa en cuanto estructuras genéticas de relaciones jurídicas». Y este segundo aspecto, que solo puede ser averiguado a través del análisis del lenguaje en que se expresan los *tria iuris praecepta*, no constituye un conjunto de meros supuestos de hecho, sino el ejemplo más evidente de lo que meramente se ha dado en llamar la «fuerza normativa de lo fáctico». No es que sea capaz de ganar terreno el «hecho» a expensas del «Derecho», sino que el Derecho aparece como pensamiento jurídico primordial al describir las condiciones fácticas en que su objeto, o sea, la realidad relacional interhumana, aparece en sus elementos primigenios y auténticamente reveladores. No es un «hecho» impuesto sobre el «Derecho», sino la manifestación concreta de la elementalidad jurídica primaria, a través de las expresiones que indican lingüísticamente el sentido jurídico que entrañan tales factores elementales dados en la existencia colectiva humana. Los *tria iuris praecepta* constituyen, a nivel de la configuración de la conciencia colectiva de grupo humano civilizado, la inmediatización de los criterios convivenciales que harán posible la propia existencia del grupo como tal. De ahí que contienen una función dinámica de «principios», porque tienen que estar interiorizando a cada individuo del grupo aquellas reglas fundamentales que harán posible la persistencia y el progreso a través de la dimensión de vida humana que sea susceptible de ser organizada provechosamente en el ámbito del grupo considerado. Esta conexión entre «creación» colectiva y «educación» colectiva está en la base de la noción orteguiana de que una nación no está jamás terminada de hacer, sino solo haciéndose o deshaciéndose en cada momento o, más aceptablemente, en las conexiones que cada individuo mantiene con los restantes del grupo en que está inmerso.

Ángel Sánchez de la Torre (†)
Académico de Número de la
Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España
Catedrático de Filosofía del Derecho

VER TAMBIÉN: DERECHO Y MORAL / DERECHOS SUBJETIVOS / OBLIGACIÓN JURÍDICA / POLÍTICA / PRINCIPIOS Y VALORES CONSTITUCIONALES / SEGURIDAD JURÍDICA / TEORÍA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO

LEGALIDAD (PRINCIPIO DE)

El principio de legalidad es un elemento imprescindible en el Estado de Derecho y, por tanto y contempladas las cosas con sentido histórico, un producto más de la Revolución francesa, si bien su concepción y funcionamiento actual presenta una serie de complejidades que no podían ser imaginadas en el momento inicial de su aparición.

Como tal principio básico goza de un amplio reflejo constitucional. Es, así, reconocido como tal principio en el art. 9.3 CE que es el precepto en el que se consignan las características fundamentales del Estado de Derecho creado por la Constitución de 1978. Y dispersas por el texto constitucional se encuentran las distintas manifestaciones que dicho principio de legalidad presenta en nuestro sistema y que se van a tratar aquí sucesivamente.

Así, y con aplicación fundamental al Derecho penal y al sancionatorio administrativo, el art. 25.1 expresa que «nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento». El precepto citado (que consagra un derecho fundamental y, por tanto, susceptible de amparo *ex* art. 53.1 CE) trata solamente de uno de los aspectos del principio de legalidad: que no puede existir una normativa sancionatoria o penal con pretensiones de retroactividad, sino que esta normativa debe preceder, en todo caso, a la comisión de la infracción *(lex previa),* consideración con la que se enlaza el principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras, también presente en el art. 9.3 CE. O, desde otra perspectiva, que no habrá infracción administrativa o delito penal sin que estos se encuentren presentes en la legislación aplicable con precedencia temporal a su comisión. Faltaría aquí, entonces y en palabras de Nieto (2012), lo relativo a los otros dos aspectos en los que se expresaría el principio de legalidad, como son la existencia de una ley *(lex scripta)* y que esta describa un supuesto de hecho estrictamente determinado *(lex certa)*.

Pero el precepto constitucional reproducido exige también dedicar un espacio interpretativo al concepto «legislación», palabra que no es, obviamente, equivalente a «ley» y que, además, ha aparecido allí debido a una voluntad decidida de los constituyentes, como puede deducirse siguiendo los debates del momento (1978) en las Cortes Generales (Congreso y Senado) que con maestría ha narrado uno de sus protagonistas, Lorenzo Martín-Retortillo (1984). El citado senador –y catedrático de Derecho Administrativo– describe su combate particular siendo miembro de la Comisión Constitucional del Senado para conseguir que la palabra «ordenamiento», que es con la que el precepto que luego devino en art. 25 CE llegaba a esa Cámara desde el Congreso de los Diputados, fuera sustituida por la de «ley», lo que consiguió inicialmente, aunque el texto final resultante de los trabajos conjuntos de la Comisión mixta Congreso-Senado supusiera la aparición, sorpresiva, de la palabra «legislación» que es la que, finalmente, se integró en el definitivo texto constitucional.

Al margen de las distintas explicaciones que podrían utilizarse para exponer los

motivos que pudo tener el constituyente (supongo que razones históricas derivadas del amplísimo poder del reglamento en el Derecho sancionatorio anterior a la CE de 1978 unidas a una cierta preocupación de los constituyentes por favorecer la intervención sancionatoria de la Administración Pública presuponiendo su tarea al servicio de los intereses generales, porque nunca se expresó en el ámbito del Derecho Penal que los delitos pudieran tipificarse por norma distinta de la ley, aun cuando también existen algunos delitos, como los relativos –genéricamente– a la contaminación, en los que la colaboración descriptiva del reglamento es bien apreciable) es lo cierto que a la indefinición por la consideración parcial en la Constitución del principio de legalidad que antes mencionaba, se une la referencia a una palabra «legislación», que implica la inmediata necesidad de una interpretación jurídica sobre su contenido que no tendría que haberse siquiera intentado –o no con la intensidad con que debió producirse– si en su lugar hubiera aparecido la palabra «ley», como deseaba el senador Martín-Retortillo.

Esa necesidad permanente de interpretación ha llevado consigo que, en ocasiones, se hayan alcanzado soluciones diversas para problemas aparentemente iguales y, en todo caso, ha conducido a una cierta sensación de inseguridad en los operadores jurídicos (singularmente de los órganos competentes de la Administración para la imposición de sanciones) sobre el devenir que tendría la sanción impuesta si se impugnara ante los tribunales, dado que en la mayor parte de las ocasiones la normativa legal existente era complementada reglamentariamente, de una forma más o menos amplia.

Porque lo que inmediatamente se interpretó por la mayoría de las aportaciones doctrinales y jurisprudenciales, es que lo que el art. 25.1 CE expresaba con la palabra «legislación» era una «reserva de ley». Y cuando con el transcurso del tiempo avanzó la reflexión sobre el contenido de la reserva de ley en nuestro Derecho, esta sería calificada como de reserva «relativa» y no «absoluta» (cfr. STC 16/2004, con muchas referencias a jurisprudencia constitucional anterior) en cuanto que permitía –en las interpretaciones jurídicas que prevalecieron– la intervención desarrolladora, o complementadora, del reglamento a partir de los previos pronunciamientos legales. Y ello teniendo en cuenta que ese complemento presupone siempre la existencia de una base legal atributiva de la potestad sancionadora con elementos suficientes que no permitan hablar de una «ley en blanco», lo que supondría una entrega prácticamente total al reglamento de la descripción de las infracciones y sanciones. (En la legislación ordinaria esto aparece hoy expresado en el art. 128.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común).

Colaboración reglamentaria, que alcanza un punto superior al estricto contenido semántico de la palabra «colaboración» en las amplias posibilidades que las ordenanzas municipales tienen desde la reforma de la LBRL operada en 2003, reforma que fue la solución a una larga saga de sentencias que anulaban sanciones impuestas por los órganos competentes de muchos Ayuntamientos por faltar a las infracciones sancionadas (según los tribunales) la base legal adecuada, dado que solo se encontraban previstas en ordenanzas municipales, de naturaleza jurídica reglamentaria. Una problemática que en este lugar solo debe quedar apuntada (para mayores precisiones vid. Embid Irujo, 2010: 92 y sigs.) dado que es en aquel momen-

to, 2003, cuando la potestad reglamentaria local ensancha su capacidad reguladora con claro fundamento en el valor que se reconoce al principio de autonomía local (*ex* arts. 137 y 140 CE).

Otros preceptos constitucionales se refieren también al principio de legalidad desde diferentes perspectivas. Así, en materia tributaria el art. 31.3 expresa que «solo podrán establecerse prestaciones personales o patrimoniales de carácter público con arreglo a la ley», lo que también lleva consigo la capacidad del reglamento de mostrar una veste de colaboración con la ley que es variable en función de los elementos que deban considerarse en el caso concreto (hecho imponible, base imponible, cuota etc…). Sobre el particular existe una amplísima jurisprudencia constitucional iniciada con la STC 19/1987, y en la que hay que tener en cuenta muchas otras sentencias como las 221/1992, 185/1995, 102/2005 etc…

Dentro de la materia tributaria deben citarse los arts. 133 y 134 CE. El primero refiere en su apartado 1 que la potestad originaria para establecer los tributos corresponde al Estado mediante ley, precepto que debe ponerse en contacto inmediatamente con el art. 31.3 acabado de comentar. Por su parte, las Comunidades Autónomas y las Corporaciones locales podrán establecer y exigir tributos, «de acuerdo con la Constitución y las leyes» (art. 133.2), mención que nos debe conducir a otros preceptos de la CE como los arts. 137, 140 y 141 –autonomía local– o al art. 156, para el entendimiento del concepto de autonomía financiera autonómica. Los otros apartados del art. 133 (tres para los beneficios fiscales que deben establecerse «en virtud de ley» y cuatro para la previsión de que las Administraciones Públicas solo podrán contraer obligaciones financieras y realizar gastos «de acuerdo con las leyes») también forman parte de la amplia panoplia de preceptos constitucionales manifestación del principio de legalidad.

El principio de legalidad puede entenderse, como lo he expuesto hasta ahora, dentro de una relación entre fuentes del Derecho (Constitución-ley-reglamento) pero también desde una perspectiva, complementaria con la anterior, de relación entre poderes del Estado. Así, por ejemplo, hay que considerar el art. 97 CE cuando atribuye la potestad reglamentaria al Gobierno «de acuerdo con la Constitución y las leyes», o el art. 103.1 que habla de la actuación de la Administración Pública que deberá llevarse a cabo «con sometimiento pleno a la ley y al Derecho».

Estas últimas expresiones nos conducen a un significado amplio del principio de legalidad y permiten plantear un problema clásico en la Teoría del Estado desde la perspectiva de la separación de poderes: la forma de vinculación de la ley sobre el Gobierno y la Administración. Dos conceptos se han utilizado para ello: el de vinculación positiva o el de vinculación negativa. Según el primero, Gobierno y Administración solo podrían emprender acciones dentro de lo que la ley hubiera previsto expresamente. Pero con la expresión «vinculación negativa» se daría ocasión a la formulación de actuaciones de Gobierno y Administración en todo aquello que no estuviera expresamente prohibido por la ley. Hoy en día es la teoría de la «vinculación negativa» la que, creo, expresa mejor la relación entre los poderes del Estado tal y como la dibuja nuestra Constitución, singularmente en el ámbito de la Administración local, dado, en este último caso, el valor singular del principio de la autonomía local (cfr. arts. 137,140 y 141 CE).

BIBLIOGRAFÍA

Baño León, J. M.ª: *Límites constitucionales de la potestad reglamentaria*. Madrid: Civitas, 1991.

Embid Irujo, A.: *La potestad reglamentaria de las entidades locales. (Consideración especial de las Ordenanzas y Reglamentos municipales)*. Madrid: Iustel, 2010.

García-Fresneda, F. J.: *Separación de poderes y reserva de ley tributaria. Fundamentos teóricos y análisis crítico*. Barcelona: Atelier, 2016.

Martin-Retortillo, L.: *Materiales para una Constitución. (Los trabajos de un profesor en la Comisión Constitucional del Senado)*. Madrid: Akal, 1984.

Nieto, A.: *Derecho Administrativo Sancionador*. 5.ª ed. Madrid: Tecnos, 2012.

Pérez Manzano, M.; Lascuráin Sánchez, J. A.; Mínguez Rosique, M.: *La tutela multinivel del principio de legalidad penal*. Madrid: Marcial Pons, 2016.

Antonio Embid Irujo
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Zaragoza

VER TAMBIÉN: VER TAMBIÉN: ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO / ADMINISTRACIÓN LOCAL / ADMINISTRACIONES PÚBLICAS / BIENES PÚBLICOS / BUENA ADMINISTRACIÓN / COMUNIDADES AUTÓNOMAS / CONTRATOS PÚBLICOS / DERECHO ADMINISTRATIVO / DIVISIÓN DE PODERES / EXPROPIACIÓN FORZOSA / JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA / ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA / **PANDEMIA: PERPECTIVA JURÍDICA** / PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO / REGLAMENTO ADMINISTRATIVO / SANCIONES ADMINISTRATIVAS / SECTOR PÚBLICO

LENGUAJE JURÍDICO

Entre los lenguajes especiales, el jurídico ocupa un lugar destacado, tanto por su trascendencia social como por su riqueza intrínseca. En el actual auge de los especialismos tecnológicos y científicos es normal que proliferen las lenguas especiales. No obstante, el jurídico es uno de los lenguajes de mayor solera, por estar imbricado en la propia Historia del Derecho. Ya las Partidas contenían recomendaciones para que las leyes fueran «muy cuydadas e catadas…» y sus palabras «buenas, e llanas, e paladinas, de manera que todo hombre las pueda entender e retener».

El lenguaje jurídico comprende diversas modalidades. Cabría distinguir el lenguaje de las normas, el jurisprudencial, el administrativo y el del foro y los juristas, en los que sus respectivas finalidades comunicativas modulan estilos diferenciados. Así, en el lenguaje de las normas predomina la prescriptibilidad, en el jurisprudencial la argumentabilidad, en el de los abogados y los juristas la razonabilidad doctrinal y en el administrativo la institucionalidad burocrática.

Es un tópico arraigado denostar el lenguaje jurídico por hermético, distante y gramaticalmente deficiente. Sin embargo, no tiene por qué estar necesariamente reñido con la calidad comunicativa ni gramatical. Los hechos lo prueban con creces. Valga ahora, entre los numerosísimos ejemplos que podrían invocarse, señalar la calidad del Código Civil de 1889 (que no tienen ya los zurcidos de sus numerosas reformas parciales) o de la benemérita Ley de Sociedades Anónimas, de 1951. No sobra tampoco recordar que numerosos grandes escritores han sido y son insignes juristas, como Leopoldo Alas Clarín, y que incluso algunos se vieron atraídos a la literatura por el Derecho, como Miguel Delibes, quien confesó que fue la lectura de Garrigues lo que despertó su vocación literaria. Se cuenta que Stendhal, antes de retomar la actividad cotidiana de la escritura de *La Cartuja de Parma*, ocupaba unos minutos en releer el Código Civil de Napoleón para *prendre le ton*, para templar su pluma.

Pero lo cierto es que el lenguaje jurídico sufre un exceso de adherencias que forman un tejido adiposo que lo hace un lenguaje poco natural e ininteligible para el común de los ciudadanos. Entre las máculas de una mal entendida singularidad están, sin que sea agotadora la lista: el abuso de las nominalizaciones, de la voz pasiva, la perífrasis verbal y las expresiones verborreicas y de paja; la sobreabundancia del léxico y las terminologías especializadas, jurídicas y no jurídicas; los eufemismos elusivos de responsabilidad; el gusto por la subordinada encadenada, la frase larga con pérdida a menudo del hilo conductor sintáctico, el anacoluto; la demasía de mayúsculas, de palabras largas y adverbios en «mente», de léxico anacrónico y voces imprecisas con escaso color semántico; el uso excesivo y a menudo agramatical del gerundio, en particular del de posteridad; el exceso de abreviaturas injustificadas y la reiteración de siglas y acrónimos, que opacan la comprensión; la deficiente puntuación y separación de párrafos y oraciones, la pervivencia de discriminaciones sociales y de género… De todos estos ingredientes resulta al final un guiso lingüístico de difícil, y a menudo imposible, digestión para el ciudadano. Esta mala deriva del lenguaje jurídico tiene varias

causas. Entre todas ellas, hay una de orden sociológico profesional muy esclarecedora. El hecho de que la conformación del lenguaje jurídico descanse en buena medida en profesiones con una elevada proyección social (legisladores, jueces y magistrados, abogados, funcionarios…) propende a que una lengua técnica, como es la jurídica, se deslice hacia una lengua de grupo, una jerga profesional que tiende a cerrarse y alejarse de los ciudadanos.

Una pregunta se impone: ¿es evitable esto o es el sino fatal del decir jurídico? La respuesta es clara. Como lenguaje especial históricamente arraigado, el del Derecho posee sus reglas y su especificidad, pero no tantos atavismos como propugna una mal entendida idiosincrasia. Sin necesidad de esfuerzos desorbitantes, podría aligerarse de una buena parte del lastre adiposo, estilizarse, hacerse más natural y comunicativo si se asume un inequívoco compromiso de mejora y adecuación a los postulados democrático-constitucionales.

¿Es el interés por la calidad lingüística y comunicativa del lenguaje jurídico solo un prurito de exquisitos de la lengua? En modo alguno, es algo que entronca en los principales valores constitucionales. Las demandas de claridad, precisión y calidad de la lengua, que deben ser las tres virtudes cardinales del buen decir jurídico, son consecuencia directa de las cláusulas de Estado democrático, de Derecho y de Cultura.

Pertenece a la esencia del Estado democrático, en tanto apela a la participación de los ciudadanos en el ejercicio del poder, que el lenguaje jurídico que no entiende el pueblo no es lenguaje democrático. La Constitución lo dice categóricamente por cuanto, en el propio preámbulo, afirma que la ley es expresión de la voluntad popular y, más adelante, que la justicia emana del pueblo (art. 117 CE). La claridad reclama, por ello, evitar una utilización enrarecida de los recursos léxicos y gramaticales de la lengua común que, no se olvide, en los textos jurídicos tienen un peso muy superior al de la expresión técnica.

El Estado de Derecho redunda igualmente en la claridad del lenguaje, pero que en este caso es claridad técnica. Los lenguajes especiales tienen como elemento fundamental un léxico específico que atesora la sabiduría técnica depositada en ellos. Lo que no es de recibo, pues, son los escritos sobrecargados de terminología jurídica y técnica marginal inapropiada para su objeto principal y que oscurece su comprensión.

Los poderes públicos generan hoy una miríada de escritos y documentos jurídicos. El respeto de las reglas de la lengua y de la buena escritura, la obediencia a la gramática y al Diccionario encuentran pleno fundamento en la moderna cláusula de Estado de Cultura. Los poderes públicos no pueden caer en la incuria permaneciendo indiferentes a la calidad de la lengua cuando les corresponde el papel de ser emisores de textos. Además de reconocer y proteger la diversidad lingüística de España, el art. 3.3 CE sanciona, mediante una declaración de redacción abierta (pues su alcance se abre en múltiples dimensiones), que las distintas modalidades lingüísticas de España son un «patrimonio cultural» que será objeto de «especial respeto y protección».

¿Qué balance podemos hacer del lenguaje jurídico hoy? En los años ochenta del siglo pasado surgieron las primeras iniciativas institucionales para la modernización y mejora del lenguaje jurídico. Esta vía la inauguró el Instituto Nacional

de Administración Pública, en 1987, con un seminario sobre la mejora del lenguaje administrativo que estimularía un pionero libro de estilo, publicado en 1990, que abrió una senda de prontuarios para la escritura jurídica en general poco respaldados en la investigación. Este proceso fue acompañado, principalmente en relación con la lengua catalana, por la revista *Llengua i Dret*.

Después entró en escena la Real Academia Española con un papel cada vez más activo de colaboración con otras instituciones y entes públicos (Cortes, Ministerio de Justicia y Consejo General del Poder Judicial). En el 2009, el Consejo de Ministros acordó la creación de una Comisión de Modernización del Lenguaje Jurídico, que elaboraría un sintético, pero meritorio, Informe. En el 2014 se firmó un convenio entre el Consejo y la Real Academia que ha dejado frutos en la forma de diccionarios *(Diccionario Panhispánico del Español Jurídico)* y, especialmente, un *Libro de Estilo de la Justicia*. La colaboración se está abriendo también a nuevas legítimas demandas, como la eliminación del lenguaje sexista (véanse los matices en el informe de la RAE) y la discriminación de género en el lenguaje jurídico.

Aun sin negar que es probable que hayamos entrado en una etapa de cambios, la percepción general es aún que los avances reales son pobres, que la mala calidad del lenguaje jurídico sigue muy anclada. Lo está porque aún no se ha asumido que es consustancial a una democracia avanzada que la comunicación entre el poder y los ciudadanos no puede darse de otra forma que por medio de una comunicación clara y de calidad. Las cosas solo cambiarán cuando veamos que leyes como las procesales, las de procedimiento administrativo, contratos, transparencia, consumidores y empleo público, y otras más, incorporen, de forma taxativa, obligaciones para su mejora. Será decisivo asimismo otorgar a este noble afán un lugar destacado en los procesos de selección y formación de los funcionarios, así como en la competencia de los estudiantes de Derecho.

BIBLIOGRAFÍA

Calvo Ramos, L.: *Introducción al lenguaje jurídico administrativo*. Madrid: Gredos,1980.
Duarte, C.; Martínez, A.: *El lenguaje jurídico*. Buenos Aires: Ed. A-Z, 1995.
Muñoz Machado, S., dir.: *Libro de Estilo de la Justicia*. Barcelona: Espasa, 2017.
Prieto de Pedro, J.: *Lenguas, lenguaje y Derecho*. Madrid: Civitas, 1991, reimp. en 2016.
— «Lenguaje jurídico y Estado de Derecho», *en Revista de Administración Pública*, 140 (1996).
VV. AA.: *Informe de la Comisión de Modernización del lenguaje jurídico*. Madrid: Ministerio de Justicia, 2011.
VV. AA.: *Manual de estilo de lenguaje administrativo*. Madrid: INAP, 1990

Jesús Prieto de Pedro
Catedrático Emérito de Derecho Administrativo
Universidad Ncaional de Educación a Distancia

VER TAMBIÉN: BUENA ADMINISTRACIÓN / INTERPRETACIÓN JURÍDICA / LITERATURA Y POLÍTICA / ORDENAMIENTO JURÍDICO / POSVERDAD / RETÓRICA JURÍDICA / TÉCNICA NORMATIVA

LEYES EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

Según la Constitución Española, las Cortes Generales, formadas por el Congreso de los Diputados y el Senado, ejercen la *potestad legislativa del Estado* y aprueban sus Presupuestos (art. 66.1 y 2). Potestad legislativa no es, sin embargo, expresión equivalente a *función legislativa*, ya que esta cabe que sea ejercida también por el Gobierno de la Nación y por las Asambleas y Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas. Ello además de que los Presupuestos Generales del Estado revisten igualmente forma de ley (art. 134 CE) y de que la potestad legislativa de las Cortes Generales resulta ser, a tenor de la Constitución, la del *Estado*, es decir, la del sector central del aparato estatal, o, por utilizar una expresión introducida por el Tribunal Constitucional, la de los órganos generales del Estado.

Mediante el ejercicio de la potestad legislativa las Cortes monopolizan, en el ámbito de tales órganos generales, la aprobación de las leyes formales ordinarias, e incluso la de las normas de reforma constitucional si en la decisión acerca de estas no interviene el cuerpo electoral nacional, como, según el procedimiento de reforma de que se trate, permite o exige la Constitución (cfr. arts. 167.3 y 168.3). La Ley Fundamental, además, solo contempla el referéndum legislativo ordinario respecto de los Estatutos de Autonomía inicialmente de mayor relieve (arts. 151.2 y 152.2). Las Cortes, en cualquier caso, fijan definitivamente el contenido intelectual de todas las leyes formales, es decir, de la gran mayoría de las normas de superior jerarquía en un sistema caracterizado por el principio de legalidad (cfr. arts. 9.3, 97, 103.1, 106.1 y 117.1 CE).

Aparte de darse en la Constitución abundancia de reservas materiales de ley (ya ordinaria, ya orgánica), la potestad legislativa conferida a las Cortes comprende también, como efecto de la superioridad jerárquica atribuida a las leyes, la facultad de reserva formal o autorreserva; de modo que la competencia del Parlamento en orden a la producción de normas con rango de ley es potencialmente de alcance universal. Excepto, claro está, por lo que atañe a las leyes orgánicas, donde, habida cuenta de su rigidez (art. 81.2 CE), no es posible la reserva formal, la cual sería, por tanto, inconstitucional. Tampoco la Ley de Presupuestos admite, a criterio del TC, preceptos ajenos a la *materia presupuestaria*, de manera que se trata de un supuesto que guarda similitudes con la *reserva material negativa* de las leyes orgánicas.

¿Por qué, si a las Cortes les cabe siempre (salvo en materia de ley orgánica) acudir a la reserva formal de ley, resulta tan abundante –hasta incurrir a veces en la exageración– el número de reservas materiales de ley en el texto constitucional? En la justificación de esta suma de reservas de distinta especie confluyen diversas explicaciones. El constituyente tuvo a la vista, en primer lugar, el sistema constitucional franquista, que, en punto a organización de la forma de gobierno, se trataba de alterar *in toto*. En segundo lugar, quiso el constituyente, mediante la profusión de reservas materiales de ley –muy a menudo, además, de reservas reforzadas de ley orgánica–, potenciar la legitimidad parlamentaria de las decisiones que, acertadamente o no, juzgó de mayor trascendencia política, institucional o social. Así, en un sistema de democracia eminentemente representativa, donde incluso cabe constatar el *horror populi* experimentado por los padres de la Constitución, la larga lista de reservas materiales de ley evidencia el firme propósito de par-

lamentarizar fuertemente el proceso de creación jurídica primaria. Parlamentarización a la cual, precisamente por la reserva material expresamente contenida en la Constitución, se halla sujeto el Parlamento mismo, que no es *dominus*, sino intérprete –y tampoco intérprete supremo, papel atribuido al TC– del alcance de las materias reservadas, de las que no se puede desapoderar en beneficio del Gobierno. De esta guisa, dicho proceso abre forzosamente sus ventanas al debate público y plural, a la vez que, fijándose el mandato legislativo exclusivamente por las Cortes, se le aleja de los peligros de la demagogia plebiscitaria que los autores de la Constitución (especialmente los de significación izquierdista) asociaban, con excesiva aprensión, a los institutos de democracia directa.

En tercer lugar, a pesar de ser perfectamente conscientes de los cambios acaecidos en el parlamentarismo contemporáneo y del respectivo peso que en él poseen el Gobierno y las Asambleas, los constituyentes creyeron encontrar un importante factor de equilibrio –frente a la función de dirección de la política (incluida la predeterminación de la agenda legislativa de las Cortes) del Gabinete sostenido por la mayoría del Congreso de los Diputados– en la institución de las reservas materiales de ley. Ciertamente, en estrictos términos taxonómicos, no existe forma de gobierno parlamentaria sin un cierto equilibrio entre el Gobierno y la Cámara que le otorga su confianza. Y la Constitución ha creado diversos mecanismos para alcanzarlo, incluso introduciendo, en el ámbito de las reservas materiales de ley, las reservas de carácter cualificado o reservas procedimentales, como son, sobre todo, las muy abundantes reservas de ley orgánica (art. 81.2 CE: mayoría absoluta del Congreso).

Así pues, a través de las reservas materiales de ley, la Constitución ha seleccionado –y lo ha hecho vinculando al legislador mismo– los objetos de necesaria regulación parlamentaria. En tales materias la función nomotética estatal aparece subjetivizada en las Cortes Generales (o, en su caso, en las Asambleas autonómicas). Esta imposición objetual y la exigencia de su tratamiento normativo por un procedimiento legislativo democrático convierten a las reservas materiales, como escribió Ignacio de Otto, en determinación constitucional de «la identidad del legislador entre los poderes del Estado».

Tanto las leyes estatales como las autonómicas (así como las disposiciones normativas con rango de ley de los respectivos Gobiernos) gozan de privilegio jurisdiccional en cuanto a su control por los órganos judiciales ordinarios. En efecto, esta potestad legislativa se traduce, según el preámbulo constitucional, en normas expresivas de la voluntad popular. Dada, no obstante, la sujeción a la Constitución del propio Poder Legislativo (art. 9.1 CE), las leyes formales aprobadas por los representantes del pueblo, si bien judicialmente inmunes, cabe que sean objeto de una declaración de inconstitucionalidad y consiguiente nulidad por parte del Tribunal Constitucional (arts. 153 a], 161.1 a], 163 y 164 CE y 39.1 LOTC). Esta facultad anulatoria es, a pesar de su alcance –por lo demás diverso, a tenor del art. 40.1 LOTC– de carácter nomofiláctico, no nomotético, puesto que, aunque altera el ordenamiento (y de ahí la conocida conceptualización del órgano titular de la jurisdicción constitucional como *legislador negativo*, si bien aplicable con mayor exactitud al modelo original austro-kelseniano), no introduce en él el *novum* político, de selección de opciones, propio de la función legislativa. En consecuencia, encaja sin problemas en el Estado democrático de Derecho, forma estatal en la que el Parlamento, lejos de ser el órgano representativo de un *demos* unánime, constituye la expresión máxima del principio pluralis-

ta que distingue a nuestra democracia y, por tanto, se halla limitado por la exigencia constitucional de respeto a las minorías. Mayor inquietud suscita la práctica de las denominadas *sentencias interpretativas de rechazo*, en las que el TC impone una única inteligencia de los preceptos legales. Estas decisiones pueden considerarse como manifestación de una función nomotética ejercida por un órgano ajeno al Parlamento, función de un *legislador jurisdiccional positivo* que no deja de ser una anomalía en el Estado democrático.

Finalmente, se ha de observar el progresivo estrechamiento de la inmunidad judicial de las leyes. Ya desde un principio (STC 4/1981) quedaron fuera de la misma las leyes de carácter preconstitucional, las cuales pueden ser objeto de inaplicación por los jueces y tribunales ordinarios si las consideran contrarias a la Constitución y, consecuentemente, derogadas por ella (aunque cabe igualmente que los órganos judiciales trasladen la potencial antinomia a la jurisdicción constitucional). Más adelante, el TC declaró que la resolución de contradicciones entre las leyes y los tratados internacionales o las normas del Derecho europeo era competencia de la jurisdicción ordinaria, al no tratarse de un problema de constitucionalidad, sino de mera selección del Derecho aplicable en cada caso (STC 28/1991). Y recientemente, a partir de la STC 102/2016, los órganos judiciales (pero también la Administración), en virtud de la regla de prevalencia del Derecho estatal (art. 149.3 CE), pueden inaplicar las leyes autonómicas cuando, a causa de la modificación posterior de la legislación básica en ellas reproducida, hayan incurrido sobrevenidamente en contradicción con tal legislación. A igual conclusión llega el Alto Tribunal cuando la ley autonómica se dictó en ausencia de legislación básica previa y la contradicción se genera con la legislación estatal posterior (STC 204/2016).

BIBLIOGRAFÍA

Balaguer Callejón, F., coord.: *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid: Tecnos, 2019. Vol. I, 14.ª ed.

García de Enterría, E.; Fernández, T. R.: *Curso de Derecho Administrativo*. Pamplona: Thomson Reuters-Civitas, 2017. Vol. I, 18.ª ed.

Muñoz Machado, S.: *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*. Madrid: BOE, 2011. Vol. I, 13.ª ed.

Otto, I. de: *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*. Barcelona: Ariel, 1987.

Punset, R.: *Potestades normativas y forma de gobierno*. Madrid: CEPC, 2014.

Rubio Llorente, F.: *La forma del poder*. Madrid: CEPC, 2013. Vol. II y III, 3.ª ed.

Ramón Punset
Catedrático Emérito de Derecho Constitucional
Universidad de Oviedo

VER TAMBIÉN: COMUNIDADES AUTÓNOMAS (COMPETENCIAS) / CONSTITUCIÓN / CONSTITUCIÓN NORMATIVA / CORTES GENERALES / DIVISIÓN DE PODERES / ESTADO DEMOCRÁTICO / FUENTES DEL DERECHO / JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL / ORDENAMIENTO JURÍDICO / PARLAMENTARISMO / PARLAMENTOS / PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO / RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD / TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

LIBERTAD DE EXPRESIÓN

La libertad de expresión deriva de una característica consustancial al ser humano: su capacidad de articular pensamientos complejos y abstractos que son compartidos con sus congéneres mediante diversos lenguajes (escrito, audiovisual, artístico, gestual, etc.), o en palabras de Peces-Barba: «la comunicación por el lenguaje, con la capacidad de abstraer y de construir conceptos generales, nos identifica y nos distingue de los demás seres. Es la libertad inicial, el punto de partida de todo, que San Agustín llama la *libertas minor*».

La libertad de expresión consiste, por tanto, en el derecho de toda persona a comunicar sus ideas, pensamientos, sentimientos, creencias, opiniones, juicios de valor, etc. En definitiva, todo tipo de mensajes subjetivos conformados por el individuo en su reflexión sobre la realidad en la que se encuentra inmerso. Esa libertad de expresión tiene manifestaciones concretas, tales como la libertad de cátedra en el ámbito universitario, la libertad de creación artística, científica o cultural, o la inviolabilidad parlamentaria en la esfera de las Cámaras de representación.

La libertad de expresión se encuentra estrechamente ligada a la libertad de pensamiento o ideológica, pues esta carecería de trascendencia para la colectividad si no tuviese como corolario su manifestación pública. La inexistencia de la manifestación del pensamiento implicaría dejar vacía de todo contenido la citada libertad, puesto que el libre pensamiento, desprovisto de su exteriorización, la reduciría a hueras formas internas de organización mental que el Derecho no debe regular.

La libertad de expresión posee asimismo una doble dimensión, individual y colectiva. La primera se vincula con el libre desarrollo de la personalidad (parafraseando el art. 10.1 de la Constitución Española) o, siguiendo a parte de la doctrina estadounidense, «el valor de la libre expresión descansa en su relación profunda con el autorrespeto que surge de la autodeterminación autónoma». Solo podemos desarrollar con plenitud nuestra individualidad a través de la libre expresión que posibilita una soberanía esencial de la persona.

Sin embargo, al margen de ese aspecto de manifestación personal que posee la libertad de expresión, posee también una segunda dimensión de carácter colectivo, político e institucional vinculada con el mismo funcionamiento de los regímenes democráticos y que ha sido puesta en valor por pensadores como John Rawls, Ronald Dworkin o Robert Dahl, quien considera la libertad de expresión como uno de los derechos básicos que todo gobernante debe proteger, como garantía del adecuado funcionamiento de la democracia. Se configura por tanto como un derecho de libertad, que implica una ausencia de intervención del Estado excepto para su defensa; un derecho subjetivo frente al Estado, innato, y que impone un ámbito de libre determinación individual completamente exento del poder del Estado, situándonos por tanto en el *status libertatis* de Jellinek.

La dimensión colectiva de la libertad de expresión es una noción ya pacífica en la doctrina y ha sido reafirmada asimismo por los Tribunales Constitucionales (o con funciones de interpretación

constitucional) de diversos países. Conceptos como el *marketplace of ideas* del Tribunal Supremo estadounidense o que la defensa de la libertad de expresión sirve para la formación de la opinión pública sobre asuntos de interés público (Tribunal Constitucional alemán en BVerfGE 61, 1 (11), Sala Primera, 15 de diciembre de 1983) o el Tribunal Constitucional español en STC 159/1986, de 16 de diciembre (FJ 6), son prueba de ello. Además, la dimensión institucional de la libertad de expresión está asimismo justificada por su papel facilitador de otras libertades y derechos, tales como el derecho de reunión, el derecho de asociación, el derecho de petición o el derecho de participación política (en este sentido, como indica G. Sartori, los partidos políticos modernos constituyen la primera ilustración concreta de cómo la libertad de opinión puede convertirse en «organizaciones de la opinión»). Sin la libertad de expresión «quedarían vaciados de contenidos estos derechos, reducidas a formas hueras las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática» (STC 9/2007, de 15 de enero, FJ 4).

Sin embargo, a pesar de su importancia tanto desde una perspectiva individual, como colectiva, la libertad de expresión, al igual que el resto de libertades, no tiene carácter ilimitado, y encuentra sus límites, como el resto de los derechos, en los derechos de los demás y en la protección de determinados bienes jurídicos superiores. Quizá el mejor compendio de dichos límites esté contenido en el punto 2 del art. 10 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Fundamentales y las Libertades Públicas. No obstante, habitualmente, la libertad de expresión suele encontrar el derecho al honor como principal limitación a su libre ejercicio, siendo uno de los campos de mayor actividad jurisdiccional los procesos que enfrentan a ambos. Este conflicto está sometido a una amplia casuística y suele resolverse a través de instrumentos como la ponderación de derechos o el *test* de proporcionalidad. El equilibrio entre la expresión aportadora de valor y la evitación del daño o la ofensa es la cuestión crucial para valorar los límites de dicha libertad, a pesar de que en una y otra consideración nos moveremos en las arenas movedizas de la subjetividad y la cada vez mayor sensibilidad grupal.

La aparición de las TIC y especialmente de internet (con todo lo que lleva consigo: redes sociales, anonimato, libertad de expresión extrema, información ilimitada, ruptura de los límites espaciotemporales, etc.), ha supuesto una intensa transformación en nuestra aproximación a la libertad de expresión. Lo que fue optimismo desmesurado en un principio ha ido disminuyendo, produciéndose una asimilación cada vez mayor con el modelo clásico donde unos pocos medios que monopolizan la actividad en la Red controlan el contenido que transita por ella (Facebook, Google, Twitter, etc.). Estas empresas deciden qué mensajes deben circular y cuáles no a través de ellas, arrogándose una función jurisdiccional sobre la libertad de expresión en virtud de las condiciones de uso que aceptamos cuando decidimos utilizar sus plataformas.

El anonimato intrínseco a internet es otro los grandes retos a los que se enfrenta la libertad de expresión, pues si bien puede servir como amparo para la disidencia en todos los regímenes totalitarios, se ha convertido en aliado de los que, cobijados en él, diseminan ofensas, injurias, calumnias, mentiras u odio hacia los demás. La lucha contra el discurso del odio se ha convertido en otro de

los nuevos territorios de pugna por circunscribir la libertad de expresión a su sentido verdadero en las sociedades contemporáneas.

La sustitución en el acceso a los contenidos de los medios clásicos por las redes sociales conlleva también una reconsideración de la libertad de expresión, puesto que la dinámica de las redes sociales implica una transformación en la configuración de los ámbitos privados de la persona en asuntos que en otros tiempos serían de marcado carácter íntimo y que ahora hacemos públicos precisamente para hacer participar a los otros de esa realidad. Ello complica la noción de interés público como criterio legitimador de la libertad de expresión. Por otra parte, la tendencia en las redes sociales a relacionarnos con aquellos con los que coincidimos ideológicamente limita la capacidad para acceder a mensajes alternativos, polariza las posiciones socio-políticas y restringe el pluralismo inherente a una sociedad democrática que la libertad de expresión garantiza, y facilita realidades como las *fake news* o la posverdad.

Tales dinámicas de pensamiento grupal, fortalecidas en línea, son precisamente lo opuesto al ideal liberal de la esfera pública que la Red posibilita, donde constantemente nos enfrentamos a realidades incómodas, argumentos contrarios y valores diferentes a los nuestros y, por lo tanto, como sostenía John Stuart Mill en el magnífico capítulo 2 de *Sobre la libertad*, se nos exige cuestionar, analizar y matizar nuestras propias convicciones. *«Cuando las personas se ven obligadas a escuchar a ambas partes,* escribía Mill, *siempre hay esperanza. Pero si se atiende solo a una de ellas, entonces los errores se convierten en prejuicios».*

BIBLIOGRAFÍA

Ash, T. G.: *Libertad de palabra. Diez principios para un mundo conectado*. Barcelona: Tusquets, 2017.

Meiklejohn, A.: *Free Speech and its relation to self-government*. Clark (N. J.): The Lawbook Exchange, 2014.

Mill, J. S.: *Sobre la libertad*. Madrid: Alianza, 2013.

Sánchez Ferriz, R.: *Delimitación de las libertades informativas*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004.

Leopoldo Abad Alcalá
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad CEU San Pablo

VER TAMBIÉN: COMUNICACIÓN POLÍTICA / DEMOCRACIA / DERECHOS FUNDAMENTALES / DERECHOS HUMANOS / *FAKE NEWS* / LIBERTAD POLÍTICA / **PANDEMIA: PERSPECTIVA SOCIOLÓGICA** / POSVERDAD

LIBERTAD RELIGIOSA

La libertad religiosa es un derecho, fundamentado en la dignidad de la persona, en virtud del cual todos los hombres son libres de seguir y profesar una determinada religión en aras de que nadie se encuentre obligado a obrar contra su conciencia o impedido a actuar conforme a ella, bien en privado o en público, solo o asociado con otros, dentro de los límites exigidos. Este derecho de libertad religiosa se ejerce frente a posibles coacciones que puedan proceder de individuos, grupos sociales o cualquier potestad humana. Como manifestaciones específicas del derecho a la libertad religiosa pueden considerarse la libertad de realizar actos de oración o de culto, individual o colectivamente; tener iglesias o lugares de culto; poder recibir asistencia religiosa, también en residencias, hospitales, cuarteles, etc.; la libertad de educación para no recibir aquella que sea contraria a los propios principios religiosos, etc. Asimismo, se denomina libertad religiosa a la que tiene la Iglesia, reconocida por el Estado, para poder cumplir su misión en la sociedad. La libertad religiosa traspasa la simple tolerancia religiosa puesto que esta permite, como una concesión graciable, el ejercicio de religiones distintas a la impuesta oficialmente, en situaciones de confesionalidad del Estado. Siguiendo a Christian Starck, cabría decir que la evolución de la libertad religiosa en la época moderna se manifiesta como un fruto tardío de la reacción ante la Reforma protestante, promocionado posteriormente por la filosofía ilustrada en el plano tanto teórico como práctico.

La posición de la Iglesia católica sobre la libertad religiosa fue adoptada en la declaración *Dignitatis Humanae* durante el Concilio Vaticano en 1965. La Comisión Teológica Internacional (CTI) ha reafirmado que la libertad religiosa, en su dimensión individual y comunitaria, es el fundamento de todas las demás libertades y promueve no hegemonías o privilegios, sino el bien de todos. De hecho, la CTI publicó en 2019 un nuevo documento titulado «Libertad religiosa para el bien de todos. Enfoque teológico de los desafíos contemporáneos», con la aprobación del Papa Francisco, en el que se propone una actualización razonada de la recepción de la declaración conciliar *Dignitatis humanae* sobre la libertad religiosa, por haber sido aprobada esta en un contexto histórico significativamente diferente del actual.

España reconoce la libertad religiosa como derecho fundamental en el art. 16 de la Constitución de 1978, descartando toda perspectiva laicista. Como dice Andrés Ollero: «Se garantiza pues un ámbito de libertad y una esfera de *agere licere* con plena inmunidad de coacción, tanto para adscribirse a una confesión como para negarse a ello. Su despliegue solo admitirá fronteras muy precisas, por lo que no debe soportar más limitación en sus manifestaciones que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley». De hecho, el Tribunal Constitucional ha enfatizado el carácter excepcional como único límite del ejercicio de la libertad religiosa. Se encuentra recogida como derecho en la sección primera del capítulo II, título I, de la CE, debiendo ser regulado por la ley orgánica (L. O. 7/1980, de 5 de julio), según lo que dispone el art. 81.1 CE, y gozando de una protección reforzada, conforme establece el art. 53.2 CE.

La libertad religiosa ha sido ampliamente reconocida por el Derecho Internacional. Así, por ejemplo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) garantiza la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión en su art. 18, señalando lo siguiente: «Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia». También se contempla en el art. 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), garantizando el art. 27 a las minorías religiosas el derecho a confesar y practicar su religión. De la misma forma se reconoce la libertad religiosa en el art. 14 de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), en el art. 9 de la Convención Europea de Derechos Humanos (1950) o en el art. 10 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (2007).

Hay que resaltar el importante papel que juega la Organización de Naciones Unidas en la defensa de la libertad religiosa a través de diferentes órganos de derechos humanos. Así, por ejemplo, en 2017, la Oficina de Derechos Humanos de la ONU lanzó una iniciativa llamada «Fe por los Derechos» para involucrar a los líderes religiosos en un esfuerzo por construir sociedades en paz en aras de preservar la libertad religiosa y las creencias de las minorías, así como su derecho a participar de manera igual y efectiva en la vida cultural, religiosa, social, económica y pública. No se puede pasar por alto que las situaciones de discriminación o intolerancia religiosa siguen persistiendo en diferentes partes del mundo, registrándose numerosos casos de intolerancia, imposición de una religión sobre otras y persecución a ciertos credos o a quienes no siguen ninguno. Actualmente, varios de los países más restrictivos también se encuentran entre los más poblados, con lo que aproximadamente tres cuartas partes de la población mundial vive bajo severas restricciones de libertad religiosa. Ello sucede a pesar de que los tribunales nacionales de muchos países e internacionales, entre otros, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se encargan de defender que las creencias religiosas no son una licencia para difundir el odio, cometer violencia contra los seguidores de otras confesiones ni una justificación para prácticas discriminatorias, entre otras razones, porque la libertad religiosa se encuentra estrechamente relacionada con el pluralismo y el modelo político democrático.

Lamentablemente, en la actualidad, además de que en algunos países no se reconoce la libertad religiosa, en otros esa libertad reconocida normativamente se restringe al ejercicio del culto comunitario o a prácticas en el ámbito estrictamente privado. A ello hay que sumar los casos en los que las formas de comunicación religiosa están prohibidas, estableciéndose penas severas, incluida la pena de muerte, para aquellos sujetos que deseen convertirse o pretendan convertir a otros. Asimismo, en los países dictatoriales e incluso en algunos países que se consideran democráticos los miembros de las comunidades religiosas son a menudo perseguidos o sometidos a un trato desfavorable en el lugar de trabajo, siendo excluidos de los cargos públicos y se les niega el acceso a determinados niveles de asistencia social.

Ello son solo algunos indicadores de que la libertad religiosa se encuentra amenazada en el momento actual, peligrando su propia existencia en muchos países después de un largo proceso histórico de

conquista de derechos; paradójicamente, en ocasiones, se combate la libertad religiosa en nombre de la misma libertad. No olvidemos que el fundamentalismo religioso, sea del tipo que sea, cuestiona la separación de la esfera secular y religiosa, cuando se apoya en concepciones jurídico-políticas para ejercer la coacción religiosa sobre quienes profesan una fe distinta o carecen de ella. Ni que decir tiene que esta separación se encuentra amenazada en los Estados totalitarios que se atribuyen competencias en materia espiritual o que elevan el ateísmo a principio ideológico. Resulta indispensable defender que todas estas amenazas a la libertad religiosa deberían ser combatidas desde el momento en que constituyen verdaderas agresiones a exigencias indispensables de la dignidad humana.

BIBLIOGRAFÍA

Celador Angón, Ó.: *Libertad de conciencia y Europa. Un estudio sobre las tradiciones constitucionales comunes y el Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Madrid: Dykinson, 2011.

Garrido Gómez, M.ª I.; Barranco Avilés, M.ª C., eds.: *Libertad ideológica y objeción de conciencia. Pluralismo y valores en Derecho y Educación*. Madrid: Dykinson, 2011.

Herranz, J.: *La libertad religiosa en nuestra sociedad*. Madrid: Palabra, 2006.

Ollero, A.: *Un Estado laico. Libertad religiosa en perspectiva constitucional*. Pamplona: Aranzadi, 2009.

— *Laicidad y laicismo*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2010.

Ollero, A.; Hermida, C., coords.: *La libertad religiosa en España y en el Derecho comparado*. Madrid: Iustel, 2012.

Palomino Lozano, R.: *Neutralidad del Estado y espacio público*. Pamplona: Aranzadi, 2014.

Cristina Hermida del Llano
Profesora Titular de Filosofía del Derecho
Universidad Rey Juan Carlos

VER TAMBIÉN: DERECHO Y MORAL / DERECHOS FUNDAMENTALES / MULTICULTURALIDAD / OBJECIÓN DE CONCIENCIA / PRINCIPIOS Y VALORES CONSTITUCIONALES / TOLERANCIA

MANDATO PARLAMENTARIO

El mandato imperativo, construido sobre la figura iusprivatista del contrato de mandato, fue la forma de representación propia de las asambleas del *Ancien Régime* en la interacción política de los estamentos con el poder real. Los representantes quedaban vinculados a instrucciones concretas *(cahiers d'instructions)* y a la posibilidad de su revocación. Fue superado tras las revoluciones burguesas de finales del siglo XVIII con la incorporación de los principios de soberanía nacional y del mandato representativo, si bien una reformulación inspirada en las teorías de Rousseau sobre la soberanía popular, la voluntad general y la democracia directa, supuso que fuera adoptado en algunos de los antaño países socialistas de la Europa oriental con una dimensión más semántica que democrática. Desde la caída del Muro de Berlín, solo ha subsistido en países aislados (Bielorrusia, Cuba...) y numerosas Constituciones lo han prohibido con una u otra fórmula desde que por primera vez lo hiciera la Constitución francesa de 1791 (art. 7 de la sección III del capítulo I del título III), como son los casos de Dinamarca, Alemania, Francia, España o Bélgica.

El mandato representativo, fundamentado en el principio de la soberanía de la nación, sirvió para liberar a los representantes de presiones grupales y locales y se consolidó a lo largo del siglo XIX con una fundamentación deficiente que se hizo cada vez más visible con el advenimiento de los partidos de masas, del sufragio universal y la representación proporcional. En su más estricta formulación, supone que el conjunto de los representantes reglamentariamente reunidos en la institución parlamentaria representa durante la legislatura al conjunto de la ciudadanía y no solo a una fracción de la población. Por ello los representantes actúan y deciden por sí mismos en el ejercicio de un mandato cuyo contenido es de carácter genérico y está orientado al interés general, sin que estén sujetos a revocación. Aunque el representante fuere expulsado del partido, ni este ni su Grupo parlamentario pueden decidir la pérdida de su escaño, resultando prohibida, además, la fraudulenta práctica de las «dimisiones en blanco».

No obstante, los representantes son portadores también de una específica representatividad: la correspondiente a la candidatura en la que se integraron bajo unas determinadas siglas. Si bien esta identidad ideológica y la disciplina que conlleva pueden limitar o condicionar la plena autonomía de actuación del representante, esto no conduce a un mandato imperativo encubierto, pues responde a una genérica orientación de su actuación en coherencia con la representatividad que porta y los compromisos adquiridos con la ciudadanía. En la democracia constitucional de nuestro tiempo, la elección no es solo «elección-representación», en la que únicamente se dilucide el nombramiento de una persona que, como en el Estado liberal, «patrimonialice» el cargo y decida solo por sí misma, sino «elección-participación», donde el mandato supone la expresión de una verdadera «cadena representativa»: quienes han resultado electos han de dar efectividad al derecho de participación política de los ciudadanos, de tal manera que la represen-

tación responda en términos genéricos a su voluntad, intermediada por los partidos. Se genera así, por la interposición de programas y candidaturas –que estructuran las elecciones y otorgan un definido sentido al voto– un vínculo de *idem sentire* entre representantes y representados (en el caso español, SSTC 32/1985, 119/1990 y 31/1993, entre otras).

La temporalidad del poder es consustancial a la democracia, por lo que es necesario comprobar periódicamente la voluntad del electorado y renovar la representación. Prácticamente todas las Constituciones fijan la duración del mandato, que precisa ser equilibrada: ni tan corta que pueda obstaculizar una tarea parlamentaria eficaz ni tan larga que pueda alejar y separar a los representantes de la voluntad popular y dificulte el control, la *accountability* y la expresión siempre cambiante del pluralismo político.

En el ámbito comparado predomina el periodo de cuatro o cinco años en las Cámaras bajas, pero puede ser menor (por ejemplo, en Estados Unidos es de dos años con renovación total y en México de tres). En las Cámaras altas, dependiendo de su naturaleza, puede ser mayor y responder a renovaciones parciales (así, en Argentina es de seis años con renovación de la mitad cada tres; los senadores norteamericanos tienen un mandato de seis años y se renuevan por tercios; en Francia, hasta 2004, se elegían por nueve años y se renovaban por tercios cada tres, y después el mandato se ha reducido a seis); incluso pueden incorporar a determinados miembros no elegidos directamente en un proceso electoral (caso de los senadores designados por las Comunidades Autónomas en España) o tener carácter ininterrumpido sin que sean elegidos en un proceso electoral (los miembros designados de la Cámara de los Lores en el Reino Unido son vitalicios y en el Senado de Canadá pueden permanecer en el escaño hasta los setenta y cinco años).

La determinación del comienzo del mandato varía en los países según la adopción de diferentes criterios: el día de la elección (Australia, República Checa...); la proclamación de los resultados electorales (Grecia, Andorra...); la validación de estos resultados por una instancia prevista al efecto (Kazajstán...); o el momento de la prestación de juramento, que se suele realizar en la sesión inaugural (Reino Unido, Letonia, Estados Unidos, México...). La misma diversidad se puede apreciar en cuanto a su finalización: en muchos termina el día legalmente establecido para el fin de la legislatura o, en caso de disolución anticipada, en ese preciso momento; en otros en la fecha de las nuevas elecciones (Dinamarca...) o el primer día de sesiones de la nueva asamblea elegida (Alemania, Hungría...). Aunque la posibilidad de dimitir no se da en todos ellos, en la mayoría el parlamentario puede poner fin a su mandato mediante renuncia, si bien en algunos se ha de obtener autorización de la asamblea. Otros supuestos de finalización serían, además del fallecimiento, la incapacitación por decisión judicial firme; una sentencia igualmente firme que anule la elección o la proclamación; la revocación del representante por sus electores o por iniciativa de su partido en países con mandato imperativo; o –el supuesto más problemático e incoherente– la práctica de esta revocación como consecuencia de la expulsión del partido en países que sostienen expresamente la representación libre (Filipinas, Gabón...); también, finalmente, por deci-

sión de la misma asamblea (Francia, Argentina, México, Estados Unidos, Australia, Reino Unido...) según diversas causas y procedimientos: aceptación por el parlamentario de una función que sea incompatible con el ejercicio de su mandato, pérdida de las condiciones de elegibilidad durante el mismo, o sanción disciplinaria (para supuestos excepcionales y con suficientes garantías).

En cuanto a la limitación de mandatos parlamentarios, esta institución tiene precedentes en la Constitución francesa de 1791 (art. 6 de la sección III del capítulo primero del título III) y en la Constitución de Cádiz de 1812 (art. 110). Pero en la actualidad solo existe en cuatro países. En Estados Unidos, aunque no en el nivel federal, pero sí en quince de los Parlamentos de sus Estados miembros, de los cuales en seis es absoluta y consecutiva en nueve. En México fue introducida por reforma constitucional en 1933 y modificada por reforma de 2014, que incluye una modalidad absoluta muy laxa. En Costa Rica y en Filipinas sus Constituciones establecen una limitación consecutiva.

En el marco de un modelo parlamentario racionalizado, la Constitución Española establece que «Las Cortes Generales representan al pueblo español» (art. 66.1) y prohíbe el mandato imperativo (art. 67.2). Cada representante, en consecuencia, representa al conjunto del pueblo, donde reside la soberanía nacional, y no solo a la circunscripción por la que haya resultado elegido o los grupos de electores que le hayan votado. Por esta razón no está obligado a renunciar a su escaño en caso de haber causado baja en la formación política por la que hubiera resultado elegido (SSTC 5/1983, FJ 4; 10/1983, FJ 4; 31/1993, FJ 31, entre otras). No puede entenderse así que el llamado «mandato ideológico» sea sucedáneo o correlato del mandato imperativo por la vía de los hechos en el llamado «Estado de partidos», pues una interpretación constitucionalmente adecuada requiere tomar en consideración, a partir del derecho fundamental de participación política (art. 23.1), todos los elementos dispuestos por la norma constitucional, especialmente lo establecido en el art. 6 –inserto en el título preliminar– que da carta de naturaleza constitucional a la posición y función que los partidos políticos cumplen en nuestra democracia representativa. Desde esta perspectiva, la prohibición del mandato imperativo ha de ser entendida como un complemento de garantía de la libertad del representante y de equilibrio en el ejercicio de la función representativa.

La Constitución se refiere al carácter periódico de las elecciones (art. 23.1) y establece en cuatro años el tiempo de duración del mandato tanto del Congreso como para los diputados individualmente considerados (art. 68.4). En los mismos términos se expresa el art. 69.6 respecto del mandato del Senado y de los senadores. Esta duración se acorta en los supuestos de disolución constitucionalmente previstos, terminando el mandato el mismo día en que se produce: la disolución anticipada del art. 115 decidida por el presidente; la disolución técnica y automática del art. 99.5 en el caso de fracasar la investidura del presidente transcurridos dos meses desde la primera votación; y la que procede en caso de que se hubiera propuesto y aprobado una reforma constitucional agravada del art. 168.

Hay que tener en cuenta, no obstante, que para garantizar la continuidad y los poderes de la institución parlamentaria

la extinción del mandato no afecta a los miembros titulares y suplentes de la Diputación Permanente de cada Cámara, que seguirán ejerciendo sus funciones hasta la constitución de las nuevas Cortes Generales (art. 78.3). Hasta el presente se ha consolidado la práctica de disolver simultáneamente el Congreso y el Senado, por lo que el término del mandato de diputados y senadores siempre ha coincidido. Por otra parte, no se establece ninguna limitación de mandatos.

La relación representativa queda instituida desde el mismo día de la elección, a partir del cual se computan los cuatro años del mandato, siendo efectivos desde ese momento los derechos y prerrogativas del diputado, como establece el artículo 20.2 RC. Ahora bien, para ejercer en plenitud la función no basta con ser electo, sino que es necesario cumplir los requisitos establecidos para la adquisición de la condición plena de diputado (art. 20.1): presentar la credencial de electo; cumplimentar la declaración de actividades en los términos previstos por la LOREG; y prestar acatamiento a la Constitución mediante promesa o juramento en la primera sesión del Pleno al que asista. Una regulación similar se contiene para los senadores en el RS (arts. 11 y 12).

Hay que advertir sobre la peculiaridad de que la duración del mandato de los senadores de designación por las Comunidades Autónomas (art. 69.5 CE) pueda diferir, ya que no todos son elegidos en la misma fecha ni el procedimiento que para ello se sigue es el mismo, al depender de la normativa autonómica. En cualquier caso, el Senado español no se renueva por partes, por lo que la finalización del mandato de la Cámara señala también el de todos los senadores, a salvo de la continuidad establecida para su Diputación Permanente.

Los temas de debate en torno al mandato parlamentario se centran en la actualidad en cuestiones tan importantes y complejas como: a) la disciplina de partido y el grado de autonomía que ha de tener el representante individual; b) el problema del transfuguismo político como patología que produce una relativa desvirtuación de la representación del pluralismo político e ideológico sobre el que descansa el sistema y que encarnan sus órganos representativos, todo ello vinculado a la naturaleza de la representación en el «Estado de partidos»; c) la pertinencia o no de introducir alguna clase de limitación de los mandatos como técnica de renovación de las élites políticas y de profundización de la democracia. También se discute, en particular, sobre el modelo de Senado en la perspectiva de una posible reforma en sentido federal y, en su marco, sobre el carácter del mandato de los senadores como representantes de las entidades políticas territoriales.

BIBLIOGRAFÍA

ARRUEGO RODRÍGUEZ, G.: *Representación política y derecho fundamental*. Madrid: Fundación Manuel Giménez Abad / Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F.: *El mandato parlamentario*. Madrid: Congreso de los Diputados, 1991.

GARCÍA PELAYO, M.: *El Estado de partidos*. Madrid: Alianza, 1986. También en *Obras completas*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

Ibáñez-Macías, A.: «La limitación de mandatos parlamentarios. Una técnica constitucional para la renovación permanente de las élites políticas», en *Revista de Derecho Político*, 1 (2015).

Torres del Moral, A.: «Democracia y representación en los orígenes del Estado constitucional», en *Revista de Estudios Políticos*, 203 (1975).

Van der Hulst, M.: *El mandato parlamentario. Estudio comparativo mundial*. Ginebra: Unión Interparlamentaria, 2000.

Gregorio Cámara Villar
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Granada
Ex Diputado

VER TAMBIÉN: CALIDAD DEMOCRÁTICA / CONGRESO DE LOS DIPUTADOS / CORTES GENERALES / DEMOCRACIA / ESTADO DEMOCRÁTICO / GOBERNANZA / GRUPOS PARLAMENTARIOS / PARLAMENTARISMO / PARLAMENTOS / PARTIDOS POLÍTICOS / REGLAMENTO PARLAMENTARIO / SENADO

MEDIO AMBIENTE

En una próxima edición de esta Enciclopedia pronostico que la voz «Medio Ambiente» ocupará por derecho propio toda una sección, ya que de constituir hoy un genuino *Oberbegriff,* se está comprobando que, incluso más que un «supraconcepto» y por seguir con las inesquivables expresiones en alemán, es una profunda y generalizada culturalmente *Weltanschauung*, esto es, una «cosmosvisión» que se constituye en una central ideología profunda que cruza horizontalmente toda visión del mundo y de la vida y que se incorpora resueltamente a toda la sociedad, globalmente considerada, y a todos y cada uno de sus miembros.

Así, lo que constituyó una radical pero limitada académicamente, rebeldía en los campus de las Universidades en los años cincuenta del pasado siglo y que concitó primero la desatención y posteriormente una cierta hostilidad por parte de las empresas y las Administraciones, acabó madurando como concepto técnico y de ahí traspasó el ámbito jurídico hasta constituirse en una rama del ordenamiento primero y posteriormente en una técnica jurídicamente transversal, ya que alcanza a todos los sectores del ordenamiento.

Baste recordar que en la hoy Unión Europea, el Tratado de Roma inicial, en 1957, carecía de toda referencia al medio ambiente, incluso a formas atenuadas de peligrosidad ambiental como la entonces denominada «contaminación». Y sin embargo, como expresión de lo que se ha dado en denominar fuerza normativa de lo fáctico, el medio ambiente logró por la vía de los hechos y con reflejo jurisprudencial, hacerse paulatinamente un hueco, incluso sin reconocimiento en el Derecho primario. El Acta Única Europea de 1987 ya tuvo alguna previsión, partiendo del reconocimiento aludido. Hubo que esperar, tras el tratado de Maastricht (1993), el viejo Mastrique de Lope de Vega, a abordar el tema y situarlo normativamente en el más alto nivel. Así ha sucedido, primero con el Tratado de Ámsterdam (1999) y finalmente, ya en el vigente Tratado de Lisboa, que ampliamente dispone de tales políticas y su traducción jurídica en los arts. 11 y 191 a 193 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

Prácticamente todas las diferentes políticas de la UE, y con ellas desde luego las propias de los Estados miembros, pasan resueltamente por aceptar la evaluación que desde el medio ambiente puede hacerse. Es un proceso que, como hemos apuntado, tiene una dinámica propia, desde el momento en que va extendiéndose por los diferentes ámbitos, incluso los inicialmente más alejados teóricamente.

Valgan dos ejemplos. La contratación pública, a partir de las Directivas de 2014, Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, donde puede leerse –y sirva de ejemplo de utilización horizontal del medio ambiente en otro sector–: «El artículo 11 del TFUE requiere que las exigencias de la protección del medio ambiente se integren en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Unión, en particular con objeto de fomentar un desarrollo sostenible. La presente Directiva clarifica de qué modo pueden

contribuir los poderes adjudicadores a la protección del medio ambiente y al fomento del desarrollo sostenible, garantizando al mismo tiempo la posibilidad de obtener para sus contratos la mejor relación calidad– precio». Y añade: «Es importante que se garantice que los subcontratistas cumplen las obligaciones aplicables en los ámbitos del Derecho medioambiental, social y laboral, establecidas por el Derecho de la Unión, el Derecho nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de Derecho Internacional medioambiental, social y laboral enumeradas en la presente Directiva, siempre que dichas normas, y su aplicación, respeten el Derecho de la Unión, garantizándose mediante medidas apropiadas adoptadas por las autoridades nacionales competentes en el ámbito de sus funciones y competencias, como agencias de inspección del trabajo o de protección del medio ambiente.»

Nótese como se desplaza ahora la cuestión sobre la aceptación del medio ambiente como política general a sectores inicialmente alejados de dicho concepto. Y que, a su vez, la gran cuestión pasa a ser la técnica concreta y la evaluación correspondiente económica.

Otro ejemplo, también desde el Derecho Administrativo, aclarará la cuestión. Nos referimos a la inclusión de la fiscalización y control sobre el impacto ambiental dentro de los propios planes urbanísticos. Así, la Directiva 2014/52/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, por la que se modifica la Directiva 2011/92/UE, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente, texto pertinente a efectos del EEE. En ella, modificando textos anteriores, se logra que la evaluación del impacto ambiental se realice en el ámbito urbano, de forma que superando el carácter meramente delimitador y gestor de los planes de urbanismo, y por extensión de ordenación territorial, se logre efectivamente que asimismo la planificación y ejecución del planeamiento sea objeto preciso de examen ambiental. Así la añeja política de parques y jardines, elemento tradicional, incluso histórico, se amplía a nuevos ámbitos.

Con ello, puede mostrarse como el medio ambiente deja de constituir un elemento exógeno, se incorpora endógenamente a las diferentes políticas y sectores en que la UE regula. Y los diferentes Estados han de incluir luego en la transposición –o aplicación si se trata de reglamentos– tales contenidos, que suponen de manera definitiva la incorporación del ambiente a las normas y regulaciones europeas.

La Constitución Española, transida de modernidad en este punto, adopta el medio ambiente, en su art. 45, siguiendo la estela de la Constitución portuguesa, art. 66. Ha evolucionado desde unas primeras posiciones doctrinales, encaminadas a plantear el debate jurídico en torno a su aplicación vía principios exigibles a través de normas y por ende solo exigibles en su caso, ante el Tribunal Constitucional, a considerar que, aun incluido el art. 45 entre los «principios rectores de la política social y económica» (capítulo 3.º del título I), no se trataría solo de exigir su aplicación indirecta.

Reza el precepto: «1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo. 2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos

naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva. 3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije, se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado.»

Ciertamente los poderes públicos siguen vinculados a la promoción, desarrollo y aplicación del contenido de dicho precepto. Pero se da el paso adelante, vía art. 53 CE, lo que permitía el enjuiciamiento constitucional, pese a que la jurisdicción ordinaria, directamente, no utilizaba esta técnica sino a través de la legislación de desarrollo, estatal y primordialmente autonómica.

Asimismo, coadyuva en esta línea la suscripción de convenios y tratados internacionales, que eventualmente, vía Estado o a través de la propia UE, podrían ofrecer una protección añadida a la exigencia de garantías medioambientales en el sector de referencia en el tratado. Y paulatinamente, son varios los distintos instrumentos internacionales que se van sumando a esta protección.

Tema de interés es asimismo la posibilidad de utilizar otros mecanismos además de los jurisdiccionales, como el arbitraje, para lograr el objetivo de conseguir de forma experta y rápida la solución extrajudicial de los nuevos problemas ambientales, aspecto a desarrollar ya que, de momento, al menos en nuestro ordenamiento interno, no se dan condiciones propicias pese a la aportación de la técnica y la experiencia, lo que implica que los árbitros pudieran ser no juristas en todos los casos (con exigencia en tal supuesto de cambio legislativo) lo que permitiría alcanzar nuevas técnicas de protección.

Finalmente, nos encontramos ante un desafío permanente y creciente. La situación de un planeta que ha crecido geométricamente pasando en apenas un siglo de una población alcanzada en millones, literalmente, de años, a multiplicar exponencialmente por seis dicha cantidad, supone un reto total y progresivo.

Y si Malthus no acertó en sus predicciones en la relación con la alimentación, hoy no sabemos si necesitamos un nuevo examen maltusiano en lo que hace al ambiente. Resulta difícil el optimismo, si bien, al menos en Europa, la conciencia del problema ha supuesto ya las bases primeras para abordarlo y aquí el Derecho europeo, y sobre todo su aplicación, supone una fundada esperanza para lograr la continuación de la vida y su proyección tal como la conocemos.

BIBLIOGRAFÍA

López Ramón, F.: «La formación del ordenamiento ambiental», en *Ambienta: La Revista del Ministerio de Medio Ambiente,* 124 (2018).
— *Conservar el patrimonio natural*. Madrid: Reus, 2019.
Lozano Cutanda, B.: *Derecho ambiental administrativo*. Madrid: La Ley, 2010.

Soriano García, J. E.; Brufao Curiel, P.: *Claves de Derecho ambiental: Volumen II: Medio natural, biodiversidad y riesgos tecnológicos*. Madrid: Iustel, 2011. (Asimismo los Vol. I y III de esta colección).

José Eugenio Soriano García
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad Complutense

VER TAMBIÉN: ACERVO DE LA UNIÓN EUROPEA / ARBITRAJE / CALENTAMIENTO GLOBAL Y CAMBIO CLIMÁTICO / CONTRATOS PÚBLICOS / DEMOCRACIA GLOBAL / ECOLOGISMO - VERDES / ESTADO SOCIAL / GLOBALIZACIÓN / POLÍTICAS PÚBLICAS / TRATADOS INTERNACIONALES / UNIÓN EUROPEA

MÉTODO JURÍDICO

El método es la manera ordenada de proceder para alcanzar un fin propuesto anticipadamente. Al tratarse de un modo ordenado de actuar se contrapone a la conducta azarosa y porque se dirige a la consecución de un fin previamente marcado se manifiesta como un acto reflexivo o racional. En este sentido, todo método en cuanto contiene o refleja una idea de orden o racionalidad intrínseca (*logos*) es posible sintetizarlo en un conjunto de reglas o pautas, que permitan su generalización y la repetición de los resultados obtenidos.

El método jurídico, de acuerdo con lo anterior, será el modo racional de proceder en el ámbito jurídico; pero como lo jurídico es una realidad compleja se hace necesario señalar las diferentes esferas de lo jurídico y dilucidar las claves de su especificidad. En un primer momento, debe distinguirse entre un método jurídico académico o científico, de carácter netamente teórico y orientado a la búsqueda y hallazgo de la «verdad» en el Derecho; y un método jurídico determinativo, de carácter netamente práctico y orientado a la realización de los bienes ético-jurídicos. Como puede observarse, la nota de racionalidad de uno y otro método es diversa: en el primer caso se trata de una racionalidad teórica cuyo éxito dependerá del rigor o falibilidad de los resultados obtenidos; en el segundo caso, se trata de una racionalidad práctica cuyo éxito dependerá de la satisfacción o frustración del bien humano a realizar. Así, mientras que el método académico se juzga analíticamente en función de su rigor lógico y filosóficamente en función de su capacidad explicativa, el método determinativo se materializa en una praxis prudencial orientada a la justicia.

El método académico o científico posee una vocación explicativa cuyo alcance difiere en función de los presupuestos teóricos sobre los que se levanta. De este modo, pueden diferenciarse sucesivos métodos para el conocimiento del Derecho a lo largo de la historia. A) El método *naturalista* propio de la sabiduría griega, que observa la justicia como la más excelsa de las virtudes y el Derecho como el modo de su realización, de ahí que Aristóteles defina el Derecho como *dikaion*, lo justo, sea por naturaleza *(phisikon)* o en virtud de norma *(nomikon)*. B) El método *casuístico* propio de la sabiduría romana, que observa el Derecho como el resultado de las decisiones del pretor y que trató de sistematizar este conocimiento mediante su configuración tópica en forma de reglas jurídicas, definiciones e instituciones. C) El método *teológico* medieval, sea en su vertiente intelectualista o voluntarista, concibe el Derecho como una concreción ética y humana del plan de gobernación divina. D) El método *racionalista,* característico del iusnaturalismo moderno, que observa el Derecho como un conjunto de leyes o imperativos deducidos de la naturaleza racional humana y de los bienes éticos universales que la definen. E) El método *legalista*, heredero del anterior, que observa el Derecho como la cosificación positiva en forma de leyes (códigos) de aquellos imperativos racionales. F) El método *histórico* que, frente al universalismo racionalista de la modernidad, reivindica el carácter consuetudinario, cultural e histórico del Derecho, de modo que este no es sino el sustrato cultural de una determinada comunidad humana y necesita para su perfección de una reelaboración científica o conceptual. G) El método *conceptualista*, lógica

continuación del anterior, incide en la elaboración dogmática y conceptual de esas normas primigenias que reflejan el espíritu jurídico de la comunidad, para orillar una formulación completa y actual de un Derecho verdaderamente científico, que ordene la legislación positiva y la práctica de los tribunales. H) El método *positivista,* que intenta trasladar el método propio de las ciencias naturales al conocimiento del Derecho, reduciéndolo a su dato empírico más elemental; que puede ser el conjunto normativo al que llamamos Derecho (positivismo normativo), los hechos sociales en que se manifiesta el Derecho (positivismo sociológico), o las sentencias de los jueces que dicen lo que es Derecho (positivismo judicial). En la última centuria, como desarrollo y reacción a este reduccionismo positivista han surgido nuevas corrientes metodológicas como: I) El positivismo *incluyente* que abre su horizonte a la comprensión de valores éticos inmanentes al Derecho y generalmente contenidos en las Constituciones de los llamados Estados de Derecho; J) La escuela *analítica* que profundiza en el carácter lógico del Derecho, principalmente mediante el análisis del mismo como un fenómeno lingüístico, tanto en su configuración lógica y estructural, como en su carácter pragmático o contextual; K) La denominada *hermenéutica* jurídica que observa el Derecho como un producto espiritual que requiere de una labor interpretativa constante para su intelección, explicación y aplicación a los distintos casos de la vida; L) La más reciente escuela *aretáica* que intenta alcanzar el conocimiento del Derecho mediante la individualización de las conductas virtuosas en su práctica (el buen juez, el buen abogado, el buen legislador, etc.), procurando así armonizar el conocimiento teórico con el práctico; M) La conocida como teoría de la *argumentación* jurídica, que profundiza en el análisis del argumentario jurídico en busca de los criterios de racionalidad y razonabilidad que permitan fundamentar toda clase de decisión jurídica.

El método *práctico* o determinativo del Derecho puede entenderse como una labor de individualización de los hechos y el sentido de los textos jurídicos; que esta determinación tiene como bien a realizar «lo justo», de modo que siempre refleja un determinado «juicio de valor»; y que, por lo general, se realiza en el marco de un proceso dialéctico con las debidas garantías. De este modo, el Derecho en esta perspectiva práctica se presenta como el acto de voluntad resultante de un proceso prudencial y reflexivo en el marco de un escenario dialéctico. Claro que el modo en que se materializa este acto decisional no es uniforme ni unidireccional y presenta diversas modalidades: A) La determinación *negocial* del Derecho, en virtud de la cual los sujetos particulares arbitran racional y dialogadamente la satisfacción de sus intereses y las obligaciones recíprocas. B) La determinación *judicial* o conflictual del Derecho, en virtud de la cual se erige una autoridad (juez), en razón de sus conocimientos, para que decida en función de los hechos y las normas existentes y a la luz de los argumentos de las partes en el marco de un proceso contradictorio, lo que es justo en el caso concreto que se discute. C) La determinación *administrativa* del Derecho, similar a la anterior, confía a la autoridad pública, en razón de su poder atribuido, la satisfacción del bien público protegido jurídicamente; pero, igualmente, en función de los hechos y las normas que le sean de aplicación y dentro de un proceso contradictorio que permita la audiencia de las partes interesadas. D) La determinación *legislativa* del Derecho, en función de la cual se confía a un conjunto de personas (órgano legislativo) la enunciación de las leyes que, en términos generales, regulen

la convivencia social y realicen el bien de la comunidad. El proceso en virtud del cual se producen estas leyes resulta igualmente dialéctico o contradictorio y su resolución queda a expensas del principio de mayoría. E) La determinación *decretal* del Derecho, que se produce cuando se confiere a la autoridad pública la potestad de dictar una norma de carácter general para la satisfacción de un interés público, sin necesidad de diálogo ni proceso contradictorio alguno.

BIBLIOGRAFÍA

Carpintero Benítez, F.: *El método del Derecho en el cambio científico del siglo XX*. Madrid: Dykinson, 2018.
Cavalla, F.: *Retorica, processo, verità*. Milano: Franco Angeli, 2007.
Champeil-Desplats, V.: *Methodologies du droit et des sciences du droit*. Paris: Dalloz, 2014.
Vallet de Goytisolo, J.: *Metodología de la determinación del Derecho. Parte Sistemática*, Vol. II. Madrid: Fundación Ramón Areces-Consejo General del Notariado, 1996.
Villey, M.: *Leçons d'histoire de philosophie du droit*. Paris: Dalloz, 1962 (reimp. 2002).

Alfonso J. Sánchez Hidalgo
Profesor de Filosofía del Derecho
Universidad de Córdoba

VER TAMBIÉN: ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO / EFICACIA JURÍDICA / INTERPRETACIÓN JURÍDICA / IUSNATURALISMO / JURISPRUDENCIA DE CONCEPTOS / JURISPRUDENCIA DE INTERESES Y VALORACIONES / POSITIVISMO JURÍDICO / RETÓRICA JURÍDICA / SOCIOLOGÍA DEL DERECHO / TEORÍA ANALÍTICA DEL DERECHO / TEORÍA COMUNICACIONAL DEL DERECHO / TEORÍA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO / UTILITARISMO JURÍDICO

MINISTERIO FISCAL

El Ministerio Fiscal (MF) es hoy una institución de relevancia constitucional, integrada con «autonomía funcional» en el Poder Judicial, con la misión de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, los derechos de los ciudadanos y el interés público tutelado por la ley. Su nombre guarda relación con el *advocatus fisci* del Derecho romano imperial que acabó asumiendo la doble función de *custos legis* y *defensor civitatis*. En el ordenamiento castellano, el «procurador real» representaba los intereses del monarca, oficializándose progresivamente su posición conforme avanzaba la distinción entre las funciones de acusar y juzgar. En 1713, Felipe V designó como primer fiscal del Reino a Melchor de Macanaz, luego sometido a un complejo proceso inquisitorial.

Desde entonces, la figura ha ocupado una difícil posición entre el poder político y el judicial. El *Decreto de creación del TS* de 1812 y el *Reglamento provisional para la Administración de Justicia* de 1835 iniciaron la regulación de la institución que amplió la *Ley Orgánica del Poder Judicial* de 1870, que atribuyó expresamente al fiscal la representación del Gobierno ante los Tribunales. El *Estatuto del Ministerio Fiscal*, de 1926, dictado en plena dictadura de Primo de Ribera y subsistente durante la República y todo el régimen de Franco hasta 1981, manteniendo aquella representación, ciñó sus previsiones a cuestiones funcionariales. La Constitución de 1931, reconoce al Ministerio Público y su legitimación ante el Tribunal de Garantías Constitucionales (arts. 122 y 123). La dictadura franquista, sin modificar el Estatuto de 1926, reglamentó la institución en 1958 facultando al ministro de Justicia para impartir órdenes generales o particulares a los fiscales. Con todo, incluso en ese diseño predemocrático, se entendía, que el fiscal «procede con criterios jurídicos propios, de legalidad, no político-administrativos». Finalmente, el art. 124 de la Constitución de 1978, inserta la institución en el Poder Judicial en un modelo que abarca las tres grandes áreas del Estado social y democrático de Derecho y enlaza con los valores superiores del ordenamiento (art. 1 de la CE). En conexión con el Estado de Derecho, el fiscal defiende la legalidad, la independencia de los tribunales y el interés público tutelado por la ley. En lo referente al Estado democrático, asume la defensa de los derechos de los ciudadanos y del sistema constitucional, así como la separación de poderes, velando por la independencia de los tribunales y de su propia función. En lo que atañe al Estado social, el fiscal procura ante los tribunales la satisfacción del interés social. La relevancia constitucional del Ministerio Fiscal también queda patente en su relación con las Comisiones de investigación de las Cortes Generales (art.76.1 CE); su superioridad jerárquica sobre la Policía judicial (art. 126.1.b CE); o en la prohibición a sus miembros de la pertenencia a partidos políticos y sindicatos.

Conforme con su autonomía funcional, el MF actúa a través de órganos propios: Fiscalía Provinciales y de Área, Fiscalías Superiores; Fiscalías Jurídico Militar, del Tribunal de Cuentas, de la Audiencia Nacional, Antidroga y contra la delincuencia económica relacionada con la Corrupción, ante el TC y Fiscalía del TS. Toda la institución se sitúa bajo la dirección del fiscal general del Estado. Además de este, la Fiscalía General del Esta-

do incluye órganos técnicos, de asesoramiento, apoyo, inspección y de gestión, así como varias unidades coordinadoras de la actividad especializada del MF en todo el territorio, en materia de Violencia sobre la Mujer, Medio Ambiente y Ordenación del Territorio, Siniestralidad Laboral, Seguridad Vial, Extranjería, Reforma y Protección de Menores de Edad, Cooperación Internacional y contra la Delincuencia Informática, diseñadas a partir de la reforma del EOMF (Ley 24/2007, de 9 de octubre), para actualizar la estructura del Ministerio Fiscal bajo parámetros de especialización técnica y unidad de actuación frente a nuevas formas de criminalidad o en defensa de intereses sociales particularmente relevantes.

El núcleo esencial de la actividad del Ministerio Público se desarrolla en el proceso penal en el que es parte necesaria, salvo en causa por delitos privados. Aunque en el sistema procesal español la dirección de la instrucción sigue encomendada al juez de Instrucción, las reformas legales de los últimos años han incrementado su protagonismo en esa fase del procedimiento, en la que el control de los plazos de instrucción impone un contacto precoz con el contenido de la causa para el diseño de la estrategia acusatoria. Puede también realizar *per se* y dirigiendo a la Policía judicial, con limitaciones temporales, investigaciones preprocesales (art. 5 del EOMF), siempre que no requiera compromiso de derechos fundamentales. Pero las demandas y los intereses sociales han desbordado la inicial ubicación del fiscal en el proceso penal. En línea con la *Carta de Roma,* suscrita el 17 de diciembre de 2014 por el Consejo Consultivo de Fiscales europeos (CCPE), el fiscal español actúa en distintos ámbitos ajenos al penal, ante los órdenes jurisdiccionales civil, contencioso-administrativo y social, y desempeña funciones especializadas de protección jurídica de menores de edad, de víctimas y derechos de las personas con discapacidad, así como ejerce acciones en defensa de intereses difusos de consumidores y usuarios.

Por la importancia de las funciones del Ministerio Público en el engranaje constitucional, el art. 124 CE somete su desarrollo a los principios de legalidad, imparcialidad, dependencia jerárquica y unidad de actuación. Por el *principio de legalidad* el fiscal se sujeta a la Constitución, a las leyes y demás normas que integran el ordenamiento, pero a diferencia de la Administración (art. 123 CE) y los poderes públicos, también sujetos a la legalidad, el fiscal es su genuino defensor. En íntima conexión con la legalidad y el valor de la justicia (art 1 CE), se sitúa el *principio de imparcialidad*, por el cual, el fiscal «actuará con plena objetividad e independencia en defensa de los intereses que le estén encomendados» (art. 7 EOMF). Ambos principios exigen la autonomía funcional que proclama el art. 2 del EOMF. Con carácter instrumental de los dos anteriores, los principios de *unidad de actuación y dependencia jerárquica*, estrechamente conectados entre sí, han cobrado un relieve constitucional que desborda su originaria justificación en la necesidad de articular de forma unitaria y coherente la política criminal del Estado. En un ordenamiento jurídico complejo y fragmentado por la proliferación y variedad normativa del Estado autonómico, la integración europea, la globalización y la complejidad de la vida social, económica, familiar…, la promoción de la acción de la justicia por un órgano de competencia estatal bajo pautas de unidad en todo el territorio se orienta a garantizar los valores en riesgo de la seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y la igualdad ante la ley (art. 14 CE), mediante el impulso de unos mismos criterios

técnicos en todos los órdenes jurisdiccionales y en todas sus instancias.

La autonomía funcional del Ministerio Fiscal, bajo parámetros de legalidad e imparcialidad, es a menudo cuestionada. Efectivamente, puede verse comprometida, en primer lugar, frente a injerencias políticas de variada índole y en especial, del Gobierno que designa al fiscal general del Estado. Tras la designación, el Gobierno no puede dar órdenes o instrucciones al FGE, sino solo interesar la defensa del interés público, en términos que pueden ser rechazados «motivadamente» (art. 8), pero el sistema de nombramiento, común por otra parte en el Derecho comparado como forma de legitimación democrática del ejercicio de un poder, suscita recelos sobre su imparcialidad en asuntos de trascendencia política. Para blindar en lo posible la independencia del FGE, la reforma estatutaria de 2007 redujo las posibilidades de su cese a causas objetivas y tasadas (enfermedad o incapacidad, renuncia, incompatibilidad o incumplimiento grave y reiterado de funciones); impuso la intervención de la Junta de Fiscales de Sala, máximo asesor técnico, siempre que el fiscal general vaya a impartir instrucciones a sus subordinados en cualquier asunto que afecte a miembros del Gobierno, cualquiera que sea la posición procesal de estos. Y, en general, introdujo la presencia de Juntas de Fiscalía u otros órganos técnicos en los procesos de toma de decisiones, haciéndolos más deliberativos y prudenciales.

En segundo lugar, el conflicto puede surgir *ad intra,* en el seno del Ministerio Fiscal, cuyos miembros vienen obligados a cumplir órdenes e instrucciones de sus superiores y, al propio tiempo, a actuar imparcialmente conforme a la legalidad. La regulación estatutaria de estos conflictos articula la imparcialidad como prerrogativa subjetiva de cada uno de los fiscales frente a órdenes o instrucciones eventualmente ilegales o improcedentes y que pueden resistirse en escrito razonado para provocar la rectificación o el debate de la cuestión en Junta de Fiscales, tras la que puede el superior mantener su criterio, pero en escrito motivado, o relevar de funciones al fiscal resistente (art. 27). Por otra parte, la obligación de atenerse a las órdenes o instrucciones de los superiores queda limitada a los informes escritos, pudiendo siempre las intervenciones orales desenvolverse libremente en cuanto «sea conveniente al bien de la justicia» (art. 25).

Por último, la autonomía funcional se enfrenta a la dependencia material de la Administración estatal o autonómica, competente en unos u otros casos para suministrar soporte y medios materiales a la institución. Una tensión que solo puede superarse avanzando en la autonomía presupuestaria y de gestión en el seno de la institución, a la que apuntan las previsiones de singularización presupuestaria del art.72.3 EOMF, que permitan como mínimo conocer el monto de los recursos asignados y analizar la eficacia de su gestión.

BIBLIOGRAFÍA

Becerra, N. E.: *El Ministerio Público Fiscal: génesis, ubicación institucional y reforma pendiente*. Madrid: La Ley, 2001.

Bueno Ochoa, L.: *Ética e Imparcialidad del Ministerio Fiscal*. Madrid: Dykinson, 2010.

Conde-Pumpido, C.: *El Ministerio Fiscal*. Barcelona: Tusquets, 1999.

Gimeno Sendra, V.: *El Ministerio Fiscal - Director de la Instrucción*. Barcelona: Tusquets, 2006.

Guibert Ovejero-Becerra, S.: *El Ministerio Fiscal en el siglo XXI*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

Hidalgo García, J.: *Imparcialidad del Ministerio Fiscal y Poder Político*. Madrid: VLex, 2010.

Prieto Castro, L.: *La construcción dogmática del Ministerio Fiscal en el orden civil*. Madrid: Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1953.

Consuelo Madrigal
Académica de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España
Fiscal de Sala del Tribunal Supremo
Ex Fiscal General del Estado

VER TAMBIÉN: ABOGACÍA / ABOGACÍA DEL ESTADO / ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO / BUENA ADMINISTRACIÓN / ESTADO DE DERECHO / GOBIERNO / JURISDICCIÓN (CIVIL, CONSTITUCIONAL, CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA, PENAL, SOCIAL) / ORDENAMIENTO JURÍDICO

MINISTRO

La voz «ministro» procede del latín *minister*, servidor o sirviente, con la misma raíz que «administración». Se trataba de los servidores del emperador romano, que eran sus más fieles o cercanos. El uso del término se remonta al Código Teodosiano (recopilación de leyes romanas del Bajo Imperio) y al Código de Justiniano (recopilación de constituciones y jurisprudencia romana del año 117 al 565 d. C.).

El servidor de lo público que toma el nombre de ministro ha estado siempre unido a la creación del Estado desde el Poder Ejecutivo. Su cometido originario consistía en desempeñar labores de confianza del presidente, dictador, dirigente o monarca, según los casos. En épocas más recientes, la relación de confianza persiste, pero se institucionaliza la figura y se profesionaliza el desempeño, de manera que se crea la institución del Ministerio, ocupada de un determinado grupo de asuntos que, según las necesidades, corresponden a la esfera de lo público, y a la cabeza se nombra al titular, el ministro. El Ministerio está integrado por profesionales que permanecen y configuran la Administración, mientras que el titular del cargo es nombrado libremente y varía según las consideraciones políticas de la época. Los cambios en los nombres ministeriales permiten ver la evolución de las preocupaciones de un país en cada momento histórico y la importancia que alcanzan determinadas cuestiones, de tal manera que la política ha de ocuparse de ellas asignando un titular a una rama de la Administración, con personal al servicio de la misma, para desarrollar una política pública en ese ámbito.

En cuanto a la evolución en España, a principios del siglo XIX los ministros eran muy reducidos en número y sus carteras se correspondían con funciones básicas del Estado, tales como los Ministerios de Estado, Hacienda, Gracia y Justicia, Guerra y Marina. Se añadieron en algunos Ejecutivos ministros ocupados de la «gobernación de la península» y «gobernación de ultramar», también denominados en ocasiones «Ministerio de fomento general del Reino» y después, «Ministerio de Interior».

Mediante el R. D. de 19 de noviembre de 1823 de Fernando VII se reúnen por primera vez en Consejo de Ministros: «En él se tratarán todos los asuntos de utilidad general: cada ministro dará cuenta de los negocios correspondientes a la secretaría de su cargo, recibirá mis resoluciones, y cuidará de hacerlas ejecutar. Los acuerdos del Consejo se escribirán en un libro, expresando las razones que los motivasen».

Con el Gobierno de Espartero, en 1837, comienza a incorporarse a la denominación de Ministerio de Marina, la del ejercicio de las funciones de «Comercio». «Obras públicas» aparece en 1847 unido a «Comercio» e «Instrucción», que mediante R. D. de 29 de octubre de 1851 pasa a llamarse Ministerio de Fomento. Las carteras ministeriales se mantienen estables en su división durante todo el Sexenio Revolucionario y el reinado de Alfonso XII, teniendo en cuenta la desaparición, por motivos obvios, de cualquier referencia a Ultramar. Con Alfonso XIII se incorporan «Instrucción Pública y Bellas Artes», el Ministerio de «Agricultura», que se une a las funciones de comercio, industria y obras públicas, «Abastecimientos» y «Trabajo». En la dictadura de Primo de Rivera se suspenden los cargos

de ministros y subsecretarios, si bien se nombran responsables de las carteras por materia y se produce incluso una remodelación de nombres, pasando el tradicional «Gracia y Justicia» a llamarse «Justicia y Culto» y apareciendo «Economía Nacional». Durante la Segunda República desaparecen las menciones al culto y se añade un departamento de «Comunicaciones». En este mismo periodo aparecen ministros nombrados sin cartera, es decir, aquellos que carecen de un departamento ministerial propio. Y se introducen también «Sanidad y Asistencia Social» y «Marina Mercante». Curiosa es la dotación de un Ministerio de Propaganda en tal época. Durante la dictadura franquista, los ministros componen una Junta Técnica del Estado, con cargos que se adaptan a la conformación del régimen («Organización y Acción Sindical») y que se acompañan también de secretarios generales («Secretaría General de F. E. T. y de las J. O. N. S.»). Nacen nuevos departamentos, como «Turismo», «Vivienda», o «Educación y Ciencia».

En la democracia se ha incrementado el número de miembros del Gobierno hasta alcanzar más de veinte carteras en ocasiones y con una gran variedad de asuntos a su cargo, como «innovación», «energía», «movilidad», «igualdad» o «agenda digital».

El Estado se ha ido convirtiendo así en un actor social dotado de una dimensión particular y con sus propios medios y técnica de toma de decisiones, que abarca aspectos y problemas puntuales o permanentes, minoritarios o mayoritarios, tradicionales como la seguridad y la defensa o futuribles, como la digitalización, pero con la persecución del interés general en su objetivo último. Y los ministros son el ensamblaje del impulso político para solucionar tales problemas con el funcionamiento de la maquinaria administrativa del Estado.

La Constitución de 1978 establece que el Gobierno se compone del presidente, de los vicepresidentes, en su caso, de los ministros y de los demás miembros que disponga la ley (art. 97 CE). Los ministros son nombrados y separados por el Rey, a propuesta del presidente del Gobierno. Además, en cuanto que cabeza de su departamento ministerial o Ministerio, representan la cúspide de la Administración y por ello se configuran con la doble dimensión de dirección política y administrativa, ya referida.

Los ministros rinden cuentas ante el Poder Legislativo, de tal manera que sus comparecencias ante el Congreso de los Diputados y Senado son periódicas, para responder las preguntas parlamentarias y exponer los asuntos de su competencia. De esta forma se engrana la división de poderes entre el Ejecutivo y el Legislativo en la democracia.

De acuerdo con la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, cada ministro, como titular de su departamento, cuenta con autonomía e independencia, competencia y responsabilidad en la esfera específica de su actuación y le corresponden las funciones de desarrollar la acción del Gobierno en el ámbito de su departamento, de conformidad con los acuerdos adoptados en Consejo de Ministros o con las directrices del presidente del Gobierno; ejercer la potestad reglamentaria en las materias propias, lo que da lugar a la emisión de órdenes ministeriales; refrendar, en su caso, los actos del Rey en materia de su competencia; y cualesquiera otras que les atribuyan las leyes.

Para ser miembro del Gobierno se requiere ser español, mayor de edad, dis-

frutar de los derechos de sufragio activo y pasivo, así como no estar inhabilitado para ejercer empleo o cargo público por sentencia judicial firme y reunir el resto de requisitos de idoneidad previstos para el ejercicio de funciones de alto cargo de la Administración General del Estado. Cuentan con una serie de incompatibilidades durante el desempeño del cargo (no podrán ejercer otras funciones representativas que las propias del mandato parlamentario, ni cualquier otra función pública que no derive de su cargo, ni actividad profesional o mercantil alguna) y con posterioridad al mismo y sus retribuciones se encuentran limitadas. Su responsabilidad criminal se exige ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

Los vicepresidentes son, en todo caso, considerados ministros. La separación de los vicepresidentes del Gobierno llevará aparejada la extinción de dichos órganos, salvo el caso en que simultáneamente se designe otro vicepresidente en sustitución del separado.

Además de los ministros titulares de un departamento existe la figura de los ministros sin cartera, a los que se atribuirá la responsabilidad de determinadas funciones gubernamentales.

Los ministros actúan de manera colegiada en el Consejo de Ministros, pero también participan en las Comisiones Delegadas del Gobierno.

La suplencia de los ministros, para el despacho ordinario de los asuntos de su competencia, será determinada por real decreto del presidente del Gobierno, debiendo recaer, en todo caso, en otro miembro del Gobierno. El real decreto expresará entre otras cuestiones la causa y el carácter de la suplencia.

Señalemos, por último, las diferencias de denominación en Estados Unidos y Gran Bretaña. En Estados Unidos, el presidente se acompaña de un vicepresidente y los denominados «secretarios de Estado» del Gobierno federal (que no debe ser confundido con un secretario de Estado en la Administración española, que es la figura de segundo rango en los Ministerios) o secretarios. Hay un secretario de Estado del Departamento de Estado que se ocupa de las relaciones internacionales y es el segundo miembro de mayor rango por orden de preferencia en el Gabinete del presidente. Junto con este, forman parte del Gabinete los secretarios de Defensa, del Interior, de Agricultura, de Comercio, etc. Todos ellos se asimilan a la figura del ministro en la Europa continental.

En Gran Bretaña, la denominación de ministros del Gabinete se refiere a los cargos seleccionados por el primer ministro (presidente) entre los miembros electos de las dos Cámaras del Parlamento *(House of Commons y House of Lords)*. Los ministros del Gabinete son normalmente titulares de un departamento y como en EEUU se denominan «Secretary of State for», y a continuación se añade la función que asumen. También en Gran Bretaña se ha usado el término «ministros de la Corona», que era usado en la Commonwealth para referirse a los consejeros y asesores en los territorios de dicha unión.

BIBLIOGRAFÍA

Diccionario biográfico de ministros del CSIC: http://humanidades.cchs.csic.es/ih/paginas/jrug/diccionario/gabinetes/index_gabi.htm

Escudero, J. A.: *Los orígenes del Consejo de Ministros en España*. Madrid: Editora Nacional, 1979.
García Fernández, J.: *1812-1992. El arte de gobernar: historia del Consejo de Ministros y de la Presidencia del Gobierno*. Madrid: Tecnos, 1992.
US Department of State https://www.state.gov/
UK Government https://www.gov.uk/government/how-government-works

Alicia Segovia Marco
Abogada del Estado

VER TAMBIÉN: ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO / AFORAMIENTO / DIVISIÓN DE PODERES / GOBIERNO / ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA / PARLAMENTARISMO / PRESIDENTE DEL GOBIERNO / REGLAMENTO ADMINISTRATIVO

MOCIÓN DE CENSURA

La conformación del sistema de gobierno contemplado en la Constitución Española de 1978 es parlamentaria, una Monarquía parlamentaria, como establece el art. 1.2 constitucional, lo que significa que entre el Gobierno y las Cortes Generales hay una *relación existencial,* es decir, la llegada y permanencia del presidente del Gobierno, y con él la del Gobierno entero, dependen de la voluntad de las Cortes (relación de confianza) y la continuidad de estas está a expensas de la voluntad de aquel, que asume la vieja prerrogativa regia de la disolución del Parlamento. La relación de confianza comienza con la investidura, se puede renovar con la cuestión de confianza y concluir anticipadamente, antes de nuevas elecciones, con la moción de censura. Como contrapartida, el presidente del Gobierno puede disolver anticipadamente las Cortes (art. 115 CE), siempre que haya transcurrido al menos un año desde la anterior disolución.

Los mecanismos constitucionales han funcionado hasta ahora en beneficio de la estabilidad gubernamental, lo que justamente se pretendía al incorporar la moción de censura *constructiva,* plasmada en el art. 68 de la Ley Fundamental de Bonn. En efecto, mientras que la disolución anticipada ha sido frecuentemente empleada, la moción de censura se ha usado, y poco, como recurso propagandístico, a sabiendas de su inviabilidad (mociones presentadas por los señores González, Hernández Mancha, Iglesias y Abascal). La excepción fue la moción triunfadora del señor Sánchez, en 2018.

La regulación específica de la moción de censura se halla dispersa en los arts. 113, 114.2 y 115.2 de la Constitución y desarrollada, casi reproducida, en los artículos 175 a 179 del Reglamento del Congreso de los Diputados. Presenta una doble faz, porque al ser constructiva no consiste solo en censura sino también simultáneamente en investidura. Tiene por tanto una doble naturaleza, por un lado, la clásica censura que implica retirar al presidente del Gobierno la confianza que el Congreso depositó en él mediante la investidura y, por otro lado, supone otorgar la confianza a quien encabeza la moción. Lo que en el clásico funcionamiento del sistema parlamentario suponía dos procesos distintos, cada cual con su propia finalidad, en la censura constructiva se integran en unidad de acto. La ventaja evidente es que no hay interinidad entre la censura y la investidura, pues un mismo voto de la Cámara sirve para lo uno y para lo otro.

Esta doble naturaleza de la moción de censura constructiva explica las circunstancias de su desarrollo potencial en el caso de la presentada por el señor Sánchez en 2018. El candidato incitó reiteradamente a dimitir al entonces presidente en ejercicio, señor Rajoy; le señalaba que, de hacerlo, la moción decaería. Se hubiera abierto el proceso previsto en el art. 99 constitucional: consultas del Rey con las fuerzas políticas parlamentarias, propuesta de candidato y, si nadie era investido, la disolución automática que contempla el apartado cinco del art. 99 de la Constitución.

Algunos expertos señalaron que la dimisión del señor Rajoy no habría hecho decaer la moción porque subsistiría la finalidad de pronunciarse acerca de la investidura. Es este un argumento especioso porque olvida que la simple investi-

dura se encauza a través del procedimiento dispuesto en el art. 99 CE y que la esencia de la moción de censura es retirar la confianza a un presidente en activo, lo que ya no podría hacerse si este hubiera dimitido. En rigor, la investidura es un complemento para simplificar el complejo proceso político de sustitución del presidente del Gobierno sin pasar por las urnas y, por añadidura, sin la intervención regia de presentación de un candidato a presidir el Consejo de Ministros.

Mientras la investidura (y la cuestión de confianza también, según el art. 112 constitucional) se puede ganar por mayoría simple en segunda votación (art. 99.3 CE), la moción de censura solo prospera si se alcanza la mayoría absoluta (art. 113.1 CE), lo que solo sería posible si se produce un cambio significativo en la correlación de fuerzas políticas; tales cambios parecen más verosímiles cuanto mayor sea la atomización de partidos, tal y como acontece en el Congreso de los Diputados desde hace no mucho tiempo.

La legitimación para presentar la moción la ostenta al menos una décima parte de los diputados (art. 113.2 CE). En los términos del bipartidismo que durante tanto tiempo imperó en el sistema de partidos español, ello suponía que solo el principal partido de la oposición, con muchos más diputados de los exigibles, podía presentar una moción de censura. Con el mayor pluralismo existente en la actualidad son varios los posibles actores en disposición de utilizar este instrumento de lucha política, como demuestra el ejemplo de la moción presentada por el señor Iglesias en 2017 y por el señor Abascal en 2020.

A pesar de la revitalización de la moción de censura en los últimos años, su carácter extraordinario y su finalidad esencial de proteger la estabilidad gubernamental subsisten y vienen reforzados con el impedimento temporal que se introduce en el art. 113.4 CE, según el cual sus signatarios no pueden presentar otra moción en el mismo periodo de sesiones. Sin embargo, no hay periodo de carencia desde la constitución del Gobierno y cabe imaginar una moción presentada inmediatamente después de una investidura.

De la mecánica concreta de la tramitación de la moción, la Constitución solo indica (art. 113.3) que desde la presentación hasta la votación no podrán transcurrir menos de cinco días y que, en los dos primeros días de este plazo, podrán presentarse mociones alternativas. El Reglamento del Congreso de los Diputados, que reproduce en buena parte la regulación constitucional, en particular el art. 177 RCD, regula el desarrollo de los debates, que se asimilan al de un debate ordinario de investidura. Y en el caso de haber varias mociones, la Presidencia, oída la Junta de Portavoces, podrá acordar que se debatan conjuntamente, aunque se votarán siguiendo el orden temporal de presentación (art. 177.3 RCD). Por otro lado, de aprobarse una de ellas no serán sometidas a votación las restantes (art. 177.6 RCD).

El art. 114.2 CE, reproducido por el art. 178 RCD, se refiere a las consecuencias del voto favorable a la moción. El presidente censurado «presentará su dimisión al Rey» y el candidato investido de la confianza de la Cámara será nombrado por el jefe del Estado presidente del Gobierno. Como demostró la moción triunfante en 2018, en un lapso de tiempo brevísimo se produce el relevo a la cabeza del Ejecutivo, sin menoscabo de la continuidad, porque no habrá interregno de Gobierno en funciones que se produciría si la censura y la investidura estuvieran disociadas.

Un elemento importante a considerar es la prohibición de disolución anticipada que pesa sobre el presidente del Gobierno, una vez presentada la moción de censura (art. 115.2 CE). El presidente no puede desactivar la moción con la disolución; la única manera de lograr esa desactivación es, como ya se ha apuntado, presentando su dimisión al Rey; en este caso, cancelada la moción, se abriría el proceso previsto en el art. 99 constitucional y el Rey debería entonces ejercer su facultad de proponer candidatos al Congreso.

La moción de censura constructiva también se recoge en las previsiones de los Estatutos de Autonomía, para los municipios en el art. 197 LOREG e incluso en otros campos como las universidades públicas. En estos ámbitos no ha sido pocos los casos de mociones que han prosperado. En el Congreso de los Diputados, las condiciones políticas reforzaban el efecto disuasorio de la regulación constitucional, así que hemos debido esperar cuarenta años, hasta 2018, para ver un caso de moción de censura exitosa.

BIBLIOGRAFÍA

Elías Méndez, C.: *La moción de censura en España y Alemania (Estado, Länder y Comunidades Autónomas)*. Madrid: Congreso de los Diputados, 2005.

Fernández Hernández, O. M.: *La moción de censura y la cuestión de confianza local*. Málaga: Fundación Asesores Locales, 2016.

Fernández Segado, F.: «La moción de censura constructiva: marco jurídico-constitucional y virtualidad política», en *Revista de Derecho Público*, 99 (1985).

Sánchez de Dios, M.: *La moción de censura*. Madrid: Congreso de los Diputados, 1992.

Virgala Foruría, E.: *La moción de censura en la Constitución Española de 1978 y en la historia del parlamentarismo español*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988.

Raúl Canosa Usera
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad Complutense

VER TAMBIÉN: CONGRESO DE LOS DIPUTADOS / DIVISIÓN DE PODERES / ELECCIONES / ESTADO DEMOCRÁTICO / INVESTIDURA / PARLAMENTARISMO / PARLAMENTOS / PRESIDENTE DEL GOBIERNO

MONARQUÍA

Según el Diccionario de la Real Academia Española, la palabra «Monarquía» procede etimológicamente del término latino *monarchĭa* derivado a su vez del griego μοναρχία, traducible literalmente como gobierno de uno solo. El ejercicio del poder por un único titular caracterizaría a la Monarquía en la conocida clasificación aristotélica de las formas puras de gobierno –monarquía, aristocracia y poliarquía o democracia– atendiendo al criterio estructural del número de gobernantes.

Siguiendo este criterio aritmético, la Monarquía se define en ese mismo Diccionario como «organización del Estado en la que la jefatura y representación supremas son ejercidas por una persona que, a título de Rey, ha recibido el poder por vía hereditaria y puede transmitirlo del mismo modo» (*Diccionario de la Lengua Española*, 23.ª ed., [versión 23.3 en línea]. https://dle.rae.es [07.01.2020]. Se añade así la sucesión hereditaria como segundo elemento propio de la Monarquía, resultando llamativa la omisión del ejercicio vitalicio del cargo como diferencia sustancial entre la Monarquía y la República.

Sin embargo, por lo que se refiere al primer criterio cuantitativo, el ejercicio unipersonal del poder no singulariza propiamente a la Monarquía como forma de organización política por cuanto, como dijo Pérez Serrano remitiéndose a Bryce, «el mundo no ha conocido en realidad más que una forma de gobierno: el gobierno de los pocos. En la Monarquía gobernaban unos cuantos consejeros que rodeaban al príncipe y ejercían el poder en su nombre; en una oligarquía mandan unos pocos que ejercen en su propio nombre el poder; la democracia es el régimen en que gobiernan unos cuantos que ejercen el poder en nombre de todo el pueblo». Y añade: «El problema básico del gobierno no consiste, por tanto, en determinar si confiaremos el poder a una persona, a pocas, o a muchas; el problema radica en averiguar cómo esos *pocos*, a quienes inexorablemente tocará gobernar, hayan de ser designados en forma que respondan a su misión del modo más perfecto posible para el bien general».

Desde esta perspectiva de la designación de la minoría gobernante, se hace necesario diferenciar entre el ejercicio efectivo del poder y la representación de la unidad del Estado, distinción que permite abordar la cuestión de la evolución y tipología de la forma monárquica, habida cuenta que la Red para el Estudio de las Monarquías Contemporáneas (REMCO) contabiliza un total de 44 Monarquías repartidas entre los cinco continentes (https://remco.es/monarquias).

Dejando de lado las singulares Monarquías electivas, tanto históricas (la visigoda o el antiguo Imperio alemán) como contemporáneas (Andorra con sus dos copríncipes, la Ciudad del Vaticano, Malasia y Samoa), la Monarquía estamental medieval sería la primera manifestación de la Monarquía hereditaria, con una estructura dualista en la que el Rey compartía el poder con la representación de los brazos o estamentos del *regnum* en el Parlamento, sin que ninguno de los dos órganos representara una unidad del Estado, todavía ausente.

La posterior concentración paulatina de todo el poder político en manos de un Rey que se fundía con el Estado dio lu-

gar a la Monarquía absoluta o pura, que Stepan, Linz y Minoves-Triquell han llamado «Monarquía gobernante» *(ruling monarchy).*

La siguiente etapa en la evolución sería la que adviene tras la Revolución francesa, identificable en sentido amplio con la Monarquía constitucional en la que el Rey comparte con la representación parlamentaria de la nación el poder constituyente (dando lugar a las Constituciones pactadas) y el poder legislativo (mediante la iniciativa y el veto), y conserva el poder ejecutivo que ejerce mediante ministros sometidos a la doble confianza (del Rey y del Parlamento) al introducirse gradualmente el régimen parlamentario en su variante dualista. Pero antes existió una etapa intermedia de transición, la Monarquía limitada, en la que, en virtud del principio monárquico, el monarca retuvo la titularidad de la soberanía, como órgano supremo del Estado, aunque mediante una Carta otorgada aceptase autolimitar sus poderes coexistiendo con una Asamblea legislativa electiva y dirigiendo un gobierno únicamente responsable ante él.

Siendo que en todas estas fases evolutivas la soberanía residía en el monarca –en exclusiva o conjuntamente con el Parlamento–, la Monarquía podía considerarse una forma de Estado por contraposición a la República. Pero esto cambió al transformarse en Monarquía parlamentaria, último estadio de la evolución monárquica, bien como la versión más actualizada de la Monarquía constitucional, bien como una categoría propia («Monarquía democrática parlamentaria», para Stepan, Linz y Minoves-Triquell): «cuando la Monarquía se configura jurídicamente como Monarquía parlamentaria, con la inmediata consecuencia de que ya la soberanía reside únicamente en el pueblo, esto es, cuando el principio monárquico deja de tener trascendencia jurídica, de la que solo disfruta el principio democrático, (…) deja de ser forma de Estado para pasar a ser forma de gobierno, o mejor dicho, para convertirse en un tipo de la especie forma de gobierno parlamentaria, dentro del género forma de Estado democrática» (Aragón Reyes).

La Monarquía parlamentaria surge en el Reino Unido por evolución de la Monarquía constitucional combinada con la introducción del parlamentarismo durante los siglos XVIII y XIX, lo que explica que en el ámbito anglosajón y muy particularmente en el británico se siga hablando de «Monarquía constitucional» (con «gobierno de gabinete» [Bagehot]) o, en ocasiones, de «Monarquía constitucional en democracia parlamentaria». Las Monarquías de la Europa continental fueron adoptando esta fórmula política de Jefatura de Estado monárquica insertada en un sistema parlamentario de gobierno, hoy vigente en las diez Monarquías europeas (incluyendo los micro Principados de Mónaco y Liechtenstein y el Gran Ducado de Luxemburgo), Japón, Tailandia, Camboya y Malasia, así como en los 16 dominios de la *Commonwealth* en los que la soberana británica conserva la titularidad de la Jefatura del Estado, ejerciendo como tal a través del gobernador general.

La configuración constitucional de las Monarquías parlamentarias se ha producido, sin embargo, por dos vías diferentes: conservando mayoritariamente en la Constitución escrita el diseño y fraseología propia de la Monarquía constitucional –que reserva nominalmente al monarca el poder ejecutivo– pero generando al mismo tiempo una mutación constitucional al introducir por la vía de las convenciones constitucionales la dinámica propia de la Monarquía parla-

mentaria; o constitucionalizando de forma expresa el régimen parlamentario bajo una Jefatura del Estado monárquica (Japón, Suecia y España, cuyo texto constitucional de 1978 es el único que acoge la expresión «Monarquía parlamentaria»). La primera opción concuerda con la conocida tesis de Jellinek en su *Teoría general del Estado,* según la cual la Monarquía parlamentaria sería «una especie política de Monarquía», «una manera de ejercer el gobierno» en el seno de la Monarquía constitucional.

En cualquiera de los dos casos, la Monarquía parlamentaria supone la diferenciación *de iure* o *de facto* entre el Rey como jefe de Estado con funciones simbólicas y representativas (y en ocasiones con facultades arbitrales y moderadoras) y un primer ministro que encabeza un Ejecutivo sujeto a la confianza parlamentaria, siendo este quien ejerce los poderes efectivos de gobierno (atribuidos formalmente al monarca o no) y quien mediante el preceptivo refrendo de los actos regios asume la responsabilidad de los mismos dada la inviolabilidad del Rey, responsabilidad que implica como regla general la traslación al Ejecutivo de la decisión subyacente a dichos actos.

La Monarquía, entendida como forma de la Jefatura del Estado en las Monarquías parlamentarias contemporáneas, se caracteriza por su naturaleza hereditaria y vitalicia (frente a la presidencia republicana, electiva y temporal), lo que determina una especial capacidad de integración por representar simbólicamente la unidad y continuidad histórica del Estado y por conformarse como una institución neutral, independiente e imparcial que representa el interés permanente y a largo plazo al abrigo de las contiendas políticas partidistas. La legitimidad legal-racional derivada de la Constitución y la legitimidad tradicional dinástica pueden verse reforzadas por la legitimidad de ejercicio del monarca en determinadas circunstancias, y es cierto que las primeras posiciones de muchas Monarquías en los índices de calidad, desarrollo y progreso proporcionan argumentos empíricos y pragmáticos en los que basar una legitimidad racional instrumental, fría y desideologizada, como ha defendido recientemente Lamo de Espinosa. Pero si lo específico de la Monarquía es su potencial simbólico para movilizar emociones y afectos por identificarse con el proceso histórico de construcción del Estado, el arraigo definitivo de la forma monárquica en una nación concreta, más allá de su funcionalidad transitoria como opción de salida facilitadora del cambio político (como ocurrió en la Transición española), presupone un mínimo aprecio por la propia Historia, y en ello se juega nada menos que su permanencia.

BIBLIOGRAFÍA

Aragón Reyes, M.: *Dos estudios sobre la Monarquía parlamentaria en la Constitución*. Madrid: Civitas, 1990.

Bulmer, E.: *Constitutional Monarchs in Parliamentary Democracies*. Stockholm: International IDEA Constitution-Building Primer 7, 2017.

Lamo de Espinosa Michels de Champourcin, E.: «Monarquía parlamentaria y democracia. Algo más que "conllevanza"», en *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, 94 (2017).

Pérez Serrano, N.: *Tratado de Derecho Político*. Madrid: Civitas, 1984.

ROLLNERT LIERN, G., coord.: *Las Monarquías europeas en el siglo XXI*. Madrid: Sanz y Torres, 2007.

STEPAN, A.; LINZ, J. J.; MINOVES-TRIQUELL, J.: «Monarquías democráticas parlamentarias», en *Documents CIDOB (Nueva época)*, 1-10 (2016).

Göran ROLLNERT LIERN
Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universidad de Valencia

VER TAMBIÉN: CORONA / DEMOCRACIA / DIVISIÓN DE PODERES / ESTADO DEMOCRÁTICO / FORMAS DE GOBIERNO / FORMAS POLÍTICAS / PARLAMENTARISMO / POLÍTICA / SÍMBOLOS POLÍTICOS

MUNICIPIO Y AYUNTAMIENTO

El municipio es la entidad basal o primaria de la organización territorial del Estado (arts. 1.1 y 11.1 LBRL) y el primero de los dos niveles en que se articula internamente la Administración local. Se trata de una institución de hondas raíces históricas, que se consolida en la Edad Media como poder público de régimen diverso y la Constitución de Cádiz asume en el nuevo orden político que inaugura, generalizándolo bajo un régimen uniforme. Su continuidad hasta hoy se debe sin duda al hecho de que traduce la realidad social derivada de la convivencia en asentamientos de magnitud diversa, generadora siempre de un círculo de asuntos comunes precisados de gestión y que todo acto constituyente no puede sino reconocer, siendo así constitutivo solo en su efecto de incorporación a las estructuras de poder público.

Se entiende así que, en la actual Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local, el municipio, con personalidad jurídica plena (art. 140 CE), sea una corporación, es decir, una entidad de base personal pero creada por decisión normativa (por razón, como dice el Código Civil, del interés público), de modo que –a diferencia de la asociación– no le afectan los cambios que se produzcan en su base personal. De donde la importancia del término municipal, pues la residencia en él determina la condición de vecino y el conjunto de los vecinos constituye la población municipal. Y esta población, que debe estar asentada, como regla general, en un núcleo urbano territorialmente diferenciado (art. 13.2 LRBL, cuyo antecedente está ya en la Constitución de Cádiz), constituye o bien el cuerpo electoral o bien –en determinados supuestos de población poco numerosa– directamente la asamblea vecinal. A su vez, la combinación término (territorio)-población ha de proporcionar recursos suficientes para hacer financieramente sostenible el municipio (según el citado precepto).

La organización en que, para su gobierno y administración, se expresa institucionalmente el municipio es –salvo en los casos de concejo abierto– el Ayuntamiento, integrado por los concejales (que son elegidos directamente por sufragio universal, igual, libre, directo y secreto) y el alcalde (que es elegido por los concejales en la sesión constitutiva del Pleno, pero que el art. 140 CE autoriza lo sea igualmente directamente por los vecinos). El régimen legal básico de la organización y, por tanto, del gobierno y la administración municipales, único hasta 2003, se ha visto complementado a partir de dicho año por uno específico para los denominados municipios de gran población: los de población superior a 250.000 o –siendo capital de provincia– 175.000 habitantes, así como los que, a su iniciativa, decida la Asamblea legislativa de la correspondiente Comunidad Autónoma, siempre que sean capitales de provincia o de Comunidad Autónoma, sede de instituciones autonómicas o –superando los 75.000 habitantes– presenten especiales circunstancias (art. 121 LRBL). A esto se añade el régimen especial de Barcelona y Madrid, con el resultado de la coexistencia de tres regímenes: el general, el específico de gran población y el especial de las capitales del Estado y Cataluña.

En cuanto al régimen general, el esquema organizativo resultante puede ser

completado por la legislación autonómica y, en el marco de uno y otra, el **r**eglamento orgánico de cada municipio. Además de los órganos que luego se indican, los municipios: a) cuentan –en el caso de existencia de núcleos de población separados del principal– con los llamados entes de ámbito territorial inferior (al propio municipio), que carecen de personalidad, suponen una forma de organización desconcentrada para la administración de los citados núcleos separados (caseríos, parroquias, aldeas, barrios, anteiglesias, concejos, pedanías, lugares anejos y análogos) o que establezca la ley autonómica que los regule; y b) pueden establecer órganos territoriales de gestión desconcentrada, sin perjuicio de la unidad de gobierno y gestión del municipio: por ejemplo, las Juntas Municipales de Distrito. La Ley básica estatal prevé también regímenes municipales especiales: el de los concejos abiertos y los establecidos por la ley autonómica para municipios pequeños o de características peculiares.

En el régimen general, la organización básica descansa en la distinción entre: a) órganos necesarios (los de gobierno y gestión), bien en todos los municipios sin excepción (alcalde, tenientes de alcalde y Pleno), bien solo en los de determinada población mínima o aquellos que así lo decidan (Junta de Gobierno Local); y b) órganos complementarios de estudio e informe o de seguimiento y control, de existencia obligatoria en los municipios de más de 5.000 habitantes y en los restantes que así lo acuerden. Y en el régimen específico de los municipios de gran población se modulan las reglas del régimen básico general en el sentido, en síntesis, de potenciar la Alcaldía, aunque con descarga de tareas de gestión en las Juntas de Gobierno (integradas por miembros de libre nombramiento y cese por el alcalde).

Para la efectividad del gobierno y administración municipal, la LBRL ordena a la legislación estatal y autonómica asegurar (según su respectivo ámbito competencial) competencias en calidad, según proceda, de i) propias (ejercitables en régimen de autonomía y bajo la propia responsabilidad, cuya determinación se reserva a la ley formal); ii) atribuidas por delegación (cuyo ejercicio puede quedar sujeto a la dirección y el control de la Administración delegante); y iii) distintas de las de los dos anteriores tipos (ejercitables solo cuando no se ponga en riesgo la sostenibilidad financiera de la Hacienda municipal, ni se incurra en supuesto de ejecución simultánea del mismo servicio con otra Administración). En este contexto, la Ley: i) define una serie de servicios públicos mínimos de prestación obligatoria (art. 26 LBRL), que tienen, así, la condición de competencias propias mínimas; y ii) establece, como cierre, una cláusula general de competencia más aparente que real, toda vez que aplicable en los términos del propio precepto relativo a las competencias propias y, por tanto, referible solo a las legalmente asignadas como tales estas. El sistema de determinación de las competencias así establecido queda asegurado en la medida en que la instancia municipal, garantizada constitucionalmente, se configura como Administración territorial con universalidad de fines (arts. 3.1 y 25.1 LBRL), dotada de los atributos definitorios de tal Administración (art. 4 LBRL) y titular de la potestad de autoorganización (arts. 20.3 y 32.3 LBRL).

Si bien en términos generales el municipio ha afirmado y desarrollado su papel de modo espectacular en el actual período constitucional, sigue padeciendo problemas históricos que ahora se plantean obviamente en términos nuevos, pero igualmente decisivos. Cabe

destacar, como más importantes, los siguientes:

– El arreglo de la planta municipal, integrada aún por más de 8.000 municipios muy desiguales entre sí; número excesivo este debido a la resistencia tradicional del mundo municipal a los sucesivos intentos de reforma. Los numerosos municipios con menor población plantean el problema de no tener la hoy necesaria capacidad económico-financiera y de gestión (existe relativo consenso acerca de que el umbral al respecto podría fijarse en los 5.000 habitantes, siendo así que la población de más del 83% de los municipios actuales no alcanza esa cifra). La reforma de la planta municipal resulta hoy en todo caso indispensable para ajustarla, de un lado, a los procesos de conurbación y metropolitanización desbordantes de los términos municipales, y, de otro lado, a los de despoblación del mundo rural. Pero también por ser el presupuesto de la adecuada articulación interna de la Administración local.
– La clarificación de la tendencia, ya en parte realizada en los municipios de gran población y, en especial, en los de Madrid y Barcelona, del contenido político y no solo estrictamente administrativo de la autonomía local, no obstante operar esta en el marco de la Ley; tendencia que se basa en la expresión constitucional que refiere la autonomía municipal al «gobierno y administración» de los correspondientes intereses.
– El logro de la concordancia, nunca conseguida hasta ahora, entre elenco de competencias y suficiencia de la Hacienda municipal.

BIBLIOGRAFÍA

Díaz Lema, J. M.: *Sostenibilidad financiera y Administración local*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.
Muñoz Machado, S., dir.: *Tratado de Derecho municipal*. 3.ª ed. Madrid: Iustel, 2011.
Rebollo Puig, M., dir.: *Comentarios a la Ley reguladora de las bases de régimen local*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.
Sosa Wagner, F.: *Manual de Derecho local*. Madrid: Thomson, 2001.
Parejo Alfonso, L.: *Lecciones de Derecho Administrativo* (Lección 9.ª). 9.ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.

Luciano Parejo Alfonso
Catedrático Emérito de Derecho Administrativo
Universidad Carlos III de Madrid

VER TAMBIÉN: ADMINISTRACIÓN LOCAL / ADMINISTRACIONES PÚBLICAS / COMUNIDADES AUTÓNOMAS / DEMOCRACIA / DEMOCRACIA DIRECTA / DERECHO ADMINISTRATIVO / PROVINCIA / REGLAMENTO ADMINISTRATIVO / SECTOR PÚBLICO

MUTACIÓN Y CONVENCIÓN CONSTITUCIONAL

La mutación consiste en la modificación del sentido normativo de la Constitución al margen de su texto, mediante actos no normativos realizados por los sujetos y los actores del proceso público en el que la práctica constitucional se inserta, con el fin de reordenar las relaciones institucionales previstas en la Constitución.

El interés de Paul Laband por el Derecho comparado y un estudioso alemán del constitucionalismo británico, Julius Hatschek, son el eslabón, lógico sino cronológico, entre esta categoría, acuñada por Paul Laband y desarrollada por Georg Jellinek en una famosa conferencia pronunciada en Viena en 1906 y después editada en Berlín, y la de convención, de genealogía anglosajona.

Los agentes de la mutación pueden ser tanto las propias instituciones constitucionales, esto es, los denominados sujetos del proceso político, como las fuerzas políticas no constitucionalmente formalizadas, esto es, los partidos, los grupos de presión e incluso individuos, es decir, actores y no sujetos del proceso político, pero capaces de influirlo y aun de determinarlo. Sin duda, el proceso político puede decantar determinadas opciones normativas, pero no son estas las que realizan la mutación, sino que es la mutación la que las hace posibles. Así, la norma convencional puede alcanzar tal consistencia en la conciencia social, que termine convirtiéndose en norma de Derecho estricto, especialmente para evitar su olvido. Tal fue la génesis de la XII enmienda a la Constitución de los Estados Unidos, introducida en 1951, prohibiendo el tercer mandato presidencial consecutivo, una convención seguida desde la fundación de la República y rota en 1941 por el presidente Roosevelt. En sentido contrario, la carencia de una firme convención relativa a la vicepresidencia, capaz de suplir lo que se entendía como lagunas del texto constitucional, dio lugar a la XXV enmienda, relativa a dicha institución, introducida en 1967, y que responde a los acuerdos Eisenhower-Nixon de diez años antes, una convención naciente, y a los proyectos acariciados en las presidencias de Johnson, Nixon y Ford y los episodios ocurridos durante ellas.

Sin embargo, las mutaciones que completan y llegan a modificar radicalmente la normativa constitucional no pueden prescindir de ella. La convención, subraya Jennings, solo se da en la Constitución. Por ello, la Constitución puede permanecer idéntica a través del tiempo y, sin embargo, funcionar de manera distinta a como fue en otro tiempo. *Eadem sed aliter*. Tal es el caso paradigmático de las instituciones británicas.

La mutación puede generarse por costumbre o por acuerdo y, si la primera es la fuente de numerosas mutaciones históricas, en el constitucionalismo contemporáneo lo más usual es la génesis consensuada de la convención. Dicha convención puede ser ya acordada por los diferentes protagonistas del proceso político, ya, al menos, realizada por uno de ellos sin oposición formal del resto. Si el Libro Blanco belga de 1949 sobre las potestades regias es ejemplo de lo primero, la presidencialización de la V República francesa lo es de lo segundo. En el primer supuesto, además, las fuerzas políticas consensuantes formalizaron su acuerdo en un largo documento;

en el segundo no se hizo tal y bastó la práctica comúnmente aceptada.

Se trata de un fenómeno clave en la Historia del constitucionalismo moderno. Si sus hitos miliares son los grandes procesos constituyentes a partir del de Filadelfia en 1787, no es menos cierto que su piedra angular, el parlamentarismo acuñado en Westminster, es fruto del acarreo de múltiples convenciones. Convencional fue su recepción en el continente a partir de la Carta francesa de 1814 y convencional en gran parte del Tercer Mundo.

Resigno, uno de los principales tratadistas continentales del fenómeno, ha distinguido cuatro posibles contenidos normativos de las mutaciones: 1.º la práctica substitución de las normas constitucionales que solo formalmente siguen en vigor; 2.º el complemento de la normativa constitucional abierta; 3.º el desarrollo de una normativa independiente; 4.º la superposición de un significado político a un acto jurídico que sigue produciendo sus propios efectos en Derecho. Ejemplo de lo primero, a juicio de Resigno, es la convención en virtud de la cual la Reina del Reino Unido no pude negar la disolución de los Comunes requerida por el primer ministro. Y ello es así, en principio especialmente a partir de la reforma del 2011. Pero un más profundo análisis de la practica británica en la materia, la del Reino Unido y la de «otros Reinos y Territorios» de los que la Reina es Soberana, muestra no solo el contenido de la convención, sino su flexibilidad, porque la pervivencia de la prerrogativa regia permite y ha permitido hasta nuestros días la denegación de la disolución en determinados supuestos. Buen ejemplo de lo segundo es el desarrollo de los mensajes regios en España al margen de art. 62 CE sobre la base de las cláusulas generales del art. 56.1 CE. Ejemplo de lo tercero es la mutación, introducida por decisión del Rey Jorge V, según la cual el primer ministro británico ha de pertenecer a la Cámara de los Comunes y no a la de los Lores. Un cuarto ejemplo es la convención italiana según la cual el rechazo parlamentario del Presupuesto no solo tiene un efecto jurídico directo, la no aprobación de este, sino la censura al Gobierno y su correspondiente dimisión.

Las convenciones son muestra temprana de lo que hoy se denomina *soft law,* es decir, se trata de normas, salvo raras excepciones, no enjuiciables por los tribunales ni apoyadas por sanciones jurídicas, pero, como frente al inicial formalismo de Dicey, se ha afirmado con base en la práctica constitucional británica, sí por las sanciones políticas y sociales. La convención, por tanto, es un Derecho vinculante, pero flexible hasta al extremo de que puede ser reversible.

¿Hasta dónde puede llegar la mutación convencional y cuál es su finalidad? Konrad Hesse ha puesto de relieve la dificultad suprema de conciliar la «fuerza normativa de los hechos» teorizada por Jellinek, subyacente a otras formulaciones doctrinales sobre la materia, llámense «realidad constitucional» o «ámbito normativo de la Constitución», y la función estabilizadora del texto constitucional, sin que de su propio análisis resulte una solución satisfactoria. En efecto, señalar como límite a la mutación la literalidad del texto, descalifica como inconstitucionales y deja al margen del fenómeno de la mutación gran número de fenómenos políticos de los que un constitucionalismo vivo está llamado a dar cuenta ¿Cómo dejar al margen de una Constitución viva las trasformaciones hacendísticas ocurridas en el

II Reich, bajo el texto de 1871, la cláusula Frankenstein, que analizara Laband, o la evolución del mando militar del jefe del Estado, sea monárquico o republicano, desde el control operacional al mando eminente, en los sistemas parlamentarios de nuestros días?

Desde un punto de vista dogmático, me parece lo más acertado proseguir la vía incoada por Hsü-Dau-Lin de atender a la visión, acuñada por Smend, de la Constitución como versión jurídica del proceso de integración política en que consiste el Estado. Desde tal perspectiva, el límite de la mutación constitucional estaría en la función integradora de la Constitución, que Karl Löwenstein denominará su *telos*. Una vez más, la finalidad como principio rector de la norma y fundamento de su interpretación teleológica, algo que está claro en las convenciones británicas cuya finalidad es garantizar que la decisión última corresponde al electorado. Sería, en consecuencia, aceptable la mutación que sirviera a la finalidad integradora de la Constitución.

No se trata de un fenómeno extraño al constitucionalismo español. Ni al histórico, como muestra la introducción del parlamentarismo en el reinado de Isabel II, ni al presente. En efecto, la Constitución de 1978 ha sido objeto de significativas mutaciones, en su cerca de medio siglo de vigencia. Mutaciones, tanto heterónomas por la pertenencia de España a la UE, según mostraran en su día los profesores Pérez Tremps y Muñoz Machado, como autóctonas. Si todavía se desconoce la *desuetudo* de normas constitucionales, es evidente la consolidación de prácticas contrarias al mandato constitucional expreso (v.gr. la aparición de un mandato neoimperativo a favor de los partidos políticos pese al tenor del art 67. 2 CE); el cambio de significado de los términos por la dinámica del proceso público del que la jurisprudencia constitucional ha sido eco (v.gr. el sentido de «vida», art. 15 CE, o de «matrimonio», art. 32.1 CE a la luz de las consideraciones hechas por el Consejo de Estado en su dictamen n° 6208/2004 sobre el proyecto de ley de reforma del Código Civil y la correspondiente STC 198/2012); la actuación institucional no prevista en la Constitución (v.gr. los mensajes del Rey a las Cortes, otras instituciones y al pueblo, no contemplados en el art. 62 CE) o la interpretación expansiva de algunos derechos fundamentales en la doctrina del TC (v.gr. art. 23.2 CE a partir de la STC 75/1983).

De las diferentes vías de mutación constitucional, a los efectos que aquí interesan, cabe destacar dos: la interpretación jurisdiccional de la Constitución y lo que Jellinek, denominó la mutación convencional.

La incidencia de la jurisprudencia constitucional en la configuración del presente Estado autonómico es bien conocida y su importancia valorada allende el juicio que merezca su calidad y oportunidad. Cualesquiera que esta sea, «resulta indiscutible que la aportación del TC a la definición del sistema autonómico ha sido de primera magnitud; tan relevante ha sido esa contribución que, con razón, se ha podido calificar a la nueva estructura territorial del Estado surgida de la Constitución de 1978 como «*Estado autonómico jurisdiccional*» (Ferreres).

En cuanto a la mutación convencional, fue el profesor de Bolonia Luciano Vandelli, en obra avalada por la autoridad de García de Enterría, quien primero propuso la aplicación de tal categoría dogmática a los *Acuerdos Autonómicos* de 1981 y a ella conviene recurrir a la hora de esclarecer los fundamentos constitucionales

del Estado autonómico y de contribuir a despejar su futuro. En efecto, todos los caracteres de la convención constitucional coinciden en dichos Acuerdos. Fueron los principales actores del proceso político del momento, UCD y PSOE, los que concluyeron unos acuerdos, fijados por escrito, en virtud de los cuales se desarrollaron toda una serie de programas normativos que, si mutaron la Constitución, lo hicieron a partir de la misma, substituyendo la violación de la letra por su marginación. Así se abandonó el principio dispositivo (art. 143 CE), para la constitución de Comunidades Autónomas, cerrando al mapa autonómico; se prescindió del calendario previsto en el art. 148.2 CE; se optó por configurar las Comunidades Autónomas sobre el modelo previsto por el art. 152 y se inició un proceso de homologación de competencias de las mismas. La jurisprudencia constitucional completó tan importante mutación. Los Acuerdos de 1992 y la consiguiente Ley 9/1992 continuaron la mutación y el primer Gobierno Aznar (1996-2000) abrió la puerta a su culminación mediante una ola de reformas estatutarias.

No cabe duda, en consecuencia, que el presente Estado de las Autonomías no tiene su efectivo fundamento en la Constitución formal, esto es, en el desarrollo y aplicación del título VIII, sino en la mutación convencional consensuada de la Constitución. Lo que Cruz Villalón denominó nuestra Constitución territorial es, utilizando términos de V. Zangara, una Constitución convencional.

Constatarlo no revela ninguna anomalía en el constitucionalismo contemporáneo dada la génesis convencional y consensuada de gran parte de importantes instituciones de que dan cuenta el Derecho y la práctica comparados. Desde las convenciones constitucionales británicas exportadas a lo largo de la Commonwealth hasta las convenciones consensuadas que han completado las normas de Constituciones tan detalladas y rígidas como las de Austria y la República Federal de Alemania. En este último caso, en extremos tan importantes como las elecciones de las Presidencias del Bundestag y del Bundesrat (Acuerdo de Königstein de 1949, revisado en cada ampliación de la Federación) y de la Comisión de Presupuestos, la participación de los Länder en el poder exterior de la Federación (Acuerdo de Lindau de 1957) o elección de los magistrados del Tribunal Constitucional Federal. Otro tanto puede decirse de la evolución constitucional de Italia o Argentina.

BIBLIOGRAFÍA

Herrero y Rodríguez de Miñón, M.: «Fundamentos y futuro convencional del Estado autonómico», en *Los retos del Estado y la Administración en el siglo XXI. Libro Homenaje al profesor Tomás de la Quadra-Salcedo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017. [Nota: una parte del texto de esta voz procede de dicha publicación].

Hesse, K.: «Límites de la mutación constitucional», en P. Cruz Villalón, ed. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

Hsu Dau-Lin: *Die Verfassungswandlung*. Berlin: W. de Gruyter, 1932.

Jellinek, G.: *Reforma y mutación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

Löwenstein, K.: *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1979.

SÁNCHEZ URRUTIA, A. V.: «Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 58 (2000).

VANDELLI, L.: *El ordenamiento español de las Comunidades Autónomas*. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1982.

Miguel HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN
Académico de Número y Presidente
de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas
Consejero Permanente de Estado
Ponente Constitucional

VER TAMBIÉN: COMUNIDADES AUTÓNOMAS / CONSTITUCIÓN / CONSTITUCIONALISMO HISTÓRICO ESPAÑOL / CORONA / COSTUMBRE JURÍDICA / ESTADO CONSTITUCIONAL / INTEGRACIÓN POLÍTICA / JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL / PODER CONSTITUYENTE / REFORMA CONSTITUCIONAL / *SOFT LAW*

NACIONALIDAD

La idea moderna de nacionalidad nace como vínculo que liga a un individuo o súbdito con un determinado Estado, lo que comporta su *status* jurídico-político, es decir, la titularidad de determinados deberes y libertades de carácter político. Esta primera concepción es importante, pues la distingue del «extranjero» y, como señaló el Tribunal Constitucional en la STC 107/1984, FJ 4, «existen derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos; existen derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros (los reconocidos en el art. 23 de la Constitución, según dispone el art. 13.2 y con la salvedad que contienen); existen otros que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio».

Otra acepción del término «nacionalidad», en Derecho público, hace referencia a aquella comunidad natural unida por el lenguaje y la realidad histórica, cultural y social, por lo que conforma una unidad de destino. Por su parte, desde el punto de vista del Derecho privado, la nacionalidad es un estado civil fundamental de la persona, que determina su capacidad de obrar, pues de acuerdo con la nacionalidad se aplican las leyes relativas a los derechos y deberes de familia, estado, condición y capacidad legal y la sucesión por causa de muerte. Es la ley nacional, por tanto, la reguladora de estas materias para los españoles en el extranjero y para los extranjeros en España (art. 9.1 CC). Por lo demás, también hay que distinguir «nacionalidad» y «ciudadanía», pues «ciudadano» es aquel individuo que se encuentra en plenitud de goce de sus derechos políticos, es decir, no los encuentra limitados por razón de edad o incapacidad. En lo que se refiere a la condición de «ciudadano de la Unión Europea», el Tratado de Maastricht declara que toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro será ciudadano de la Unión (art. 17), por lo que esta es complementaria y no sustitutiva de la ciudadanía nacional. Por último, en el caso de España, también se aplica al concepto de «vecindad civil» distinto del de nacionalidad, pues es el criterio que determina la aplicación a cada uno de los españoles de los diversos ordenamientos jurídico-civiles presentes en el territorio (Aragón, Navarra, País Vasco, Cataluña, Islas Baleares, Galicia y Comunidad Valenciana, junto al fuero del Baylío).

La Constitución de 1978 regula la nacionalidad en el título I que lleva por rúbrica «De los derechos y deberes fundamentales», pero en el capítulo primero, «De los españoles y extranjeros», si bien su art. 11 tan solo proclama el principio de reserva de ley, es decir, no cabe regulación por otra fuente que no sea la ley, proscribe la sanción de la pérdida de la nacionalidad para los españoles de origen y admite el principio de la doble nacionalidad.

Según los arts. 17 y sigs. CC, los dos modos de adquisición de la nacionalidad son, por un lado, el nacimiento (modo originario) y, por otro, el cambio posterior de nacionalidad (modo derivativo).

El modo *originario* de adquisición de la nacionalidad obedece, a su vez, a dos tipos de causas: a) La filiación *(ius san-*

guinis). Así, son españoles los hijos de españoles cualquiera que sea el territorio donde hayan nacido e independientemente de si su filiación es matrimonial o no matrimonial; b) El lugar del nacimiento *(ius soli),* con independencia de la nacionalidad de los padres.

Aunque la preferencia entre estos criterios ha sido desde antiguo objeto de debate, lo cierto es que depende de la influencia que en cada país tenga la migración. Así, en aquellos que tienen una importante tasa de emigración, el legislador trata de conservar los vínculos con sus ciudadanos y opta por preferir el criterio del *ius sanguinis*. Por el contrario, en aquellos otros que se caracterizan por su alto porcentaje de inmigración, se decantan por el del *ius soli* para absorber a sus pobladores [Véase también la voz *Demografía*]. En el caso de España, el legislador ha establecido como criterio preferente el *ius sanguinis*, reservando la aplicación del criterio del *ius soli* a aquellos supuestos de personas nacidas en España de progenitor también nacido en España; a los nacidos de padres apátridas o cuya legislación no atribuya al hijo nacionalidad y a los nacidos de filiación indeterminada (art. 17 CC).

Por su parte, los supuestos legales de adquisición *derivativa* o *sobrevenida* de la nacionalidad española son: 1.º La posesión de estado (art. 18 CC) a favor de aquella persona que haya actuado como español, durante al menos diez años, con buena fe y basado en un título inscrito en el Registro Civil, aunque se anule el título que originó dicha creencia; 2.º La opción (art. 20 CC), que podrán ejercitar mediante una declaración de voluntad en la forma y con los requisitos legalmente establecidos (art. 20.2 CC) los siguientes sujetos: a) los mayores de 18 años respecto de los que se haya determinado su filiación española o su nacimiento en territorio español (art. 17.2 CC); b) el mayor de edad adoptado por un español (art. 19.2 CC) y c) los que estén o hayan estado sometidos a la patria potestad de un español (art. 20.1 CC); 3.º La naturalización (art. 21.1 CC), otorgada discrecionalmente mediante real decreto, cuando en el interesado concurran circunstancias excepcionales, a petición del mismo, siendo competencia del Ministerio de Justicia la tramitación del expediente (art. 61 LRC); y 4.º La residencia (arts. 21.2 y 22.1 CC), que es una concesión otorgada por el Ministerio de Justicia, que podrá denegarla por motivos razonados de orden público o interés nacional (Ley 19/2015 y Real Decreto 1004/20015) y que se tramita mediante un procedimiento administrativo ágil, de naturaleza electrónica, que se inicia a solicitud del interesado, conllevando la realización de determinados exámenes y cuya resolución es recurrible en la vía judicial. El art. 22 CC regula los requisitos que ha de tener la residencia en España para poder adquirir la nacionalidad española, estableciendo que ha de ser legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición, aunque se admite la interrupción por viajes cortos y ocasionales al extranjero, o por causa justificada El plazo general de residencia es de diez años, que se reducen a cinco para los que hayan obtenido asilo o refugio, y dos años para los nacionales de origen de países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial, Portugal, o de sefardíes (apartado 1). No obstante, para las personas enumeradas en el apartado 2 del art. 22 CC el plazo de residencia se fija en un año.

Son requisitos comunes a la adquisición de la nacionalidad española por opción, carta de naturaleza y residencia (art. 23 CC): a) ser mayor de catorce años y ca-

paz de prestar una declaración por sí, jurando o prometiendo fidelidad al Rey y obediencia a la Constitución y a las leyes; b) la declaración de renuncia a la nacionalidad anterior, salvo los nacionales de origen de países iberoamericanos y los demás casos citados; y c) la inscripción de la adquisición de la nueva nacionalidad en el Registro Civil.

Por último, conviene tener en cuenta que el art. 69 LRC establece una presunción de nacionalidad española de los nacidos en territorio español de padres también nacidos en España, en tanto no conste la extranjería de estos últimos.

La pérdida y recuperación de la nacionalidad española se encuentra regulada en los arts. 24 y 25 CC y opera *ipso iure* cuando concurren todos los presupuestos, pues debe tenerse en consideración que las reglas generales en materia de nacionalidad son la de permitir los cambios y la de evitar las situaciones de apatridia. Se pierde la nacionalidad española: a) por la adquisición de otra nacionalidad, salvo que se trate de una iberoamericana, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial, Portugal o de aquellos países con los que España haya concertado tratados de doble nacionalidad; b) por la renuncia expresa, siempre que se tenga otra nacionalidad, se esté emancipado y se resida habitualmente en el extranjero; c) por sanción, siempre que no sea español de origen y solo en el caso de que así se haya establecido por sentencia penal firme o cuando el sujeto entre voluntariamente al servicio de las armas o ejerza cargo político en un Estado extranjero contra la prohibición expresa del Gobierno.

Por su parte, para recuperar la condición de español, el art. 26 CC exige: a) ser residente legal en España, salvo que exista dispensa del Ministro de Justicia cuando concurran circunstancias excepcionales o ser emigrantes o hijos de emigrantes; b) declarar ante el encargado del Registro Civil la voluntad de recuperar la nacionalidad española, renunciando a la nacionalidad anterior, salvo los naturales de los países mencionados en el art. 24 CC; y c) inscribir la recuperación en el Registro Civil.

BIBLIOGRAFÍA

Díez-Picazo, L.; Gullón Ballesteros, A.: *Sistema de Derecho Civil: Vol. I: Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica*. Madrid: Tecnos, 1981. 4.ª ed.

Espinar Vicente, J. M; Guzmán Peces, M.: *La nacionalidad y la extranjería en el sistema jurídico español*. Madrid: Dykinson, 2017.

VV. AA.: *Nacionalidad y extranjería*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.

Gema Díez-Picazo Giménez
Letrada del Tribunal Constitucional
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

VER TAMBIÉN: CODIFICACIÓN / CÓDIGO CIVIL / CONTRATOS / COSTUMBRE JURÍDICA / DEMOGRAFÍA / DERECHO CIVIL / EFICACIA JURÍDICA / JURISDICCIÓN CIVIL / JURISPRUDENCIA / NACIONALIDADES Y REGIONES / NEGOCIO JURÍDICO / NOTARIADO / REGISTROS JURÍDICOS

NACIONALIDADES Y REGIONES

El artículo 2 de la Constitución «reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones», tras proclamar que «la Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española». Se constitucionaliza por vez primera en la historia de España el término *nacionalidad*, al lado del de región, para designar los territorios de ámbito subestatal que componen España. Estos se constituyen en entes jurídico-públicos denominados Comunidades Autónomas. Las regiones ya figuraban en la Constitución de 1931, las cuales se podían constituir en «regiones autónomas». El proyecto de Constitución federal de 1873 distingue entre la «Nación española» y los «Estados» que la componen. El constitucionalismo histórico suele aludir a las «provincias». Los Estatutos catalanes anteriores a 1978 se refieren respectivamente al poder «regional» (proyecto de 1919), a Cataluña como «*estat autònom*» dentro de la República española (proyecto de 1931) o «*regió autònoma*» (Estatuto de 1932), pero no a nacionalidad.

La denominación de nacionalidades es poco habitual en Derecho comparado. En el constitucionalismo soviético y yugoslavo se mencionaban «las naciones y nacionalidades». La Constitución de Ecuador de 2008 hace reiteradas alusiones a las «comunidades, pueblos y nacionalidades» y la de Etiopía de 1995 atribuye la soberanía a las «naciones, nacionalidades y pueblos». Las referencias a las regiones son más frecuentes: en Bélgica desde 1973 se distingue entre «comunidades» y «regiones», según que las competencias estén relacionadas con la cultura y la lengua en el primer caso o con la sociedad y la economía en el segundo; la Constitución italiana alude a la República formada, entre otros entes, por las regiones; la francesa incluye entre las «entidades territoriales» a las regiones (reforma de 2003); como también las de Chile y Perú. En la Unión Europea, el Comité de las Regiones fue creado en el Tratado de Maastricht de 1992 como órgano consultivo en temas territoriales y está formado por representantes de entes locales y regionales.

Mientras la región es una noción que alude a realidades heterogéneas de tipo geográfico, económico, histórico o jurídico (con o sin poder legislativo), la de nacionalidad suele distinguir una dimensión cultural de otra política y jurídica. Mancini en 1851 parte de la distinción entre nación y Estado, y define la nacionalidad como *una società naturale di uomini da unità di territorio, di origine, di costumi e di lingua conformati a comunanza di vita e di coscienza sociale*. No basta la unidad de origen o lengua para constituir una nacionalidad, sino la conciencia de ella. El «principio de las nacionalidades» otorga igual protección a todas las naciones. Prat de la Riba acoge la construcción de Mancini y la aplica en *La Nacionalitat catalana* (1906): *quan una nacionalitat se li desperta la consciència que ho és, treballa de seguida per produir un Estat, expressió de la seva voluntat política*. Prat sostiene que los factores que han utilizado las distintas escuelas para crear la idea de nacionalidad (raza, derecho, lengua o espíritu nacional) son parciales, y que es necesaria una *unitat sistemàtica*, con el espíritu nacional como elemento determinante. Concluye atribuyendo a Cataluña este «espíritu colectivo» y por tanto la existencia de una nacionalidad.

Otras fuentes ideológicas influyeron también en la configuración del concepto. En el ámbito liberal, Stuart Mill (*Gobierno representativo*, 1861) alude al «sentimiento de nacionalidad» de una «porción de humanidad si están unidos entre sí por simpatías comunes que no existen entre ellos y otros cualesquiera». Para Otto Bauer, desde el austromarxismo, en *La cuestión de las nacionalidades y la socialdemocracia* (1907), la nación es una «comunidad de carácter nacida de una comunidad de destino». Bauer analiza el «despertar de las naciones sin historia» como epifenómeno del desarrollo económico y social.

Los precedentes mencionados influyen en los constituyentes de 1978. El anteproyecto aludía al «derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones», pero no a la unidad de la «Nación» española, que se introduce en el informe de la Ponencia. De este modo, en el mismo artículo aparecen mencionadas la nación española y las nacionalidades, como titulares del derecho a la autonomía, junto a las regiones. Tuvieron un papel destacado en la redacción Miguel Herrero (UCD), Miquel Roca (Minoría Catalana) y Jordi Solé Tura (PCE), en cuyas posiciones se detectan distintas influencias históricas y doctrinales (Prat de la Riba, Antonio de Capmany y Anselmo Carretero). Herrero había aludido a las nacionalidades en su conferencia «Monarquía y descentralización» (1977), así como en la introducción a *Fragmentos de Estado* de Jellinek (1978). En su opinión, España es una sociedad diferencial, no federal, y la referencia a las nacionalidades se hace para «significar las comunidades histórico-políticas» y «satisfacer aspiraciones nacionales» (*Memorías de estío*, 1993). Solé Tura, en *Nacionalidades y nacionalismos en España* (1985), plantea la equivalencia entre nación y nacionalidad, aunque la primera va ligada al poder político del Estado. Lo decisivo para la formación de las nacionalidades es «la referencia a un modelo político determinado, la lucha por la construcción, la reforma o el rechazo de un marco político». Para Solé, el art. 2 muestra, desde un punto de vista político, «un auténtico empate entre concepciones diferentes de la nación española... como una nación única e indivisible y... como un conjunto articulado de pueblos diversos. Las dos concepciones se funden para servir de base...a un Estado de las Autonomías que debe superar las viejas y anquilosadas estructuras del centralismo».

Manuel Fraga, algunos diputados de AP y de UCD, Gómez de las Roces (PAR) y varios senadores formularon enmiendas contra la mención de las nacionalidades. Los motivos de rechazo se centraban en que: 1) al ser nacionalidad y nación lo mismo, debería reservarse a la española; 2) la constitucionalización del término podría conllevar el derecho de secesión de las mismas; y 3) se derivaría un trato desigual entre regiones y nacionalidades. Julián Marías (*El País*, 15 de enero de 1978) criticaba la inclusión de «nacionalidades» en el primer anteproyecto, alegando el uso distinto del término en español, que alude a la condición de nacional, así como la omisión entonces de toda mención a la nación española, luego subsanada.

El reconocimiento y garantía del derecho a la autonomía se constituye en clave de la opción por el pluralismo territorial y de sus límites (exclusión de la autodeterminación). No se identifican las nacionalidades y las regiones y el título VIII establece los procedimientos de acceso a la autonomía y denomina Comunidades Autónomas a todos los nuevos entes territoriales, creados por los Estatutos. El procedimiento general

suele identificarse con el seguido por las regiones y las reglas especiales (art. 151 y disposición transitoria 2.ª, referida, sin mencionarlos, al País Vasco, Cataluña y Galicia) se relacionan con las nacionalidades, que coinciden con la concurrencia en tales territorios de factores históricos, lingüísticos o jurídicos particulares, y de una voluntad acreditada de autogobierno. Las diecisiete Comunidades alcanzaron niveles similares de autogobierno en los años noventa, con lo que se diluía la diferencia entre nacionalidades y regiones, lo que ha motivado críticas de los que propugnan una lectura asimétrica, precisamente con base en el art. 2 CE.

A los diferentes Estatutos de Autonomía corresponde determinar la denominación de la Comunidad Autónoma. El término región ha sido omitido (salvo Murcia) mientras se ha ido expandiendo el de nacionalidad. Los Estatutos del País Vasco y Cataluña de 1979 los denominan nacionalidad, el de Galicia de 1981 nacionalidad histórica y el de Andalucía (1981) y la Comunidad Valenciana (1982), de forma indirecta, nacionalidad. En las reformas de 2007, Andalucía, Aragón e Illes Balears asumen el de nacionalidad histórica. Y Canarias en 2018 se define como nacionalidad. El Estatuto catalán de 2006, cuyo proyecto aprobado por el Parlament definía Cataluña como nación, mantiene el de nacionalidad, aunque en el preámbulo afirma: *El Parlament de Catalunya, recollint el sentiment i la voluntat de la ciutadania de Catalunya, ha definit Catalunya com a nació d'una manera àmpliament majoritària. La Constitució espanyola, en l'article segon, reconeix la realitat nacional de Catalunya com a nacionalitat*. Además, se utiliza el adjetivo «nacional» para referirse a los símbolos. La STC 31/2010 se pronuncia sobre los significados de nación: «De la nación puede, en efecto, hablarse como una realidad cultural, histórica, lingüística, sociológica y hasta religiosa. Pero la nación que aquí importa es única y exclusivamente la nación en sentido jurídico-constitucional. Y en ese específico sentido la Constitución no conoce otra que la Nación española, con cuya mención arranca su preámbulo, en la que la Constitución se fundamenta (art. 2 CE) y con la que se cualifica expresamente la soberanía que, ejercida por el pueblo español como su único titular reconocido (art. 1.2), se ha manifestado como voluntad constituyente en los preceptos positivos de la Constitución Española.» (FJ 12).

La constitucionalización de las nacionalidades, a diferencia de las regiones (fuera del debate político y jurídico), plantea cuestiones sobre el significado y efectos que se derivan para las Comunidades Autónomas así calificadas y para el propio Estado autonómico. Suele identificarse las nacionalidades con naciones culturales y reservar a España la nación jurídica. Pero «nacionalidad» tiene un significado político, que identifica comunidades políticas, dentro de la comunidad política mayor. El efecto constitucional de su utilización suele confinarse a lo simbólico, a la vez que todas las Comunidades Autónomas ostentan un mismo régimen jurídico. Frente a esta postura se alzan voces que reclaman un estatuto jurídico particular para las nacionalidades. La constitucionalización de las nacionalidades, junto a la nación española, sirve ya sea para visualizar la garantía de la pluralidad cultural y jurídica del Estado autonómico, ya para promover España como nación de naciones. En cambio, quedaría *fuera del alcance del art. 2* un Estado plurinacional que negara la condición de nación a España o que confiriese el derecho de autodeterminación a las nacionalidades.

BIBLIOGRAFÍA

HERRERO DE MIÑÓN, M.: *Memorias de estío*. Madrid: Temas de Hoy, 1993.
MANCINI, P. S: *Della Nazionalità come fondamento del diritto delle genti.* Roma: T. Eredi Botta, 1851.
PRAT DE LA RIBA, E.: *La nacionalitat catalana*. Barcelona: Edicions 62, 1978.
SOLÉ TURA, J.: *Nacionalidades y nacionalismos en España*. Madrid: Alianza, 1985.

Josep M.ª CASTELLÀ ANDREU
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Barcelona
Miembro de la Comisión de Venecia

VER TAMBIÉN: COMUNIDADES AUTÓNOMAS / ESTADO DE LAS AUTONOMÍAS / ESTADO FEDERAL / INTEGRACIÓN POLÍTICA / LEYES / NACIÓN ESPAÑOLA / NACIÓN Y NACIONALISMO / ORDENAMIENTO JURÍDICO / SOBERANÍA NACIONAL Y POPULAR

NACIONES UNIDAS

Creadas en 1945 mediante la Carta de las Naciones Unidas, que entró en vigor el 24 de octubre de ese año, ha pasado de los 51 miembros originarios a los 193 que tiene en la actualidad. Sus órganos principales son Asamblea General, Consejo de Seguridad, Consejo Económico y Social, Consejo de Administración Fiduciaria, la Corte Internacional de Justicia y la Secretaría. Se trata de una organización internacional de ámbito universal y fines generales que se sitúa en el centro del llamado *Sistema* de las Naciones Unidas, del que forman parte también diversos organismos especializados igualmente universales, pero con competencias sectoriales, vinculados a la Organización mediante acuerdos concertados con el Consejo Económico y Social.

Cualquier visión actual de las Naciones Unidas ha de partir del cambio que esta organización supuso en una sociedad internacional recién salida de la Segunda Guerra Mundial. Por primera vez, la Carta supera el orden internacional westfaliano y establece un sistema de seguridad colectiva centrado en el Consejo de Seguridad, al que confiere la responsabilidad primordial en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. Como se ha dicho, la Carta fue revolucionaria al incorporar el compromiso de los Estados miembros a renunciar al uso de la fuerza en sus relaciones, salvo el derecho inmanente de legítima defensa frente a un ataque armado, y atribuir al Consejo de Seguridad el monopolio de la fuerza institucional para arrostrar las amenazas y quebrantamientos de la paz y los actos de agresión (A. Remiro Brotons). La consagración del derecho de veto de sus miembros permanentes –pese a las importantes limitaciones que entraña– obedece al realismo de comprender que el sistema únicamente podría funcionar si las grandes potencias estaban de acuerdo (J. A. Carrillo Salcedo). El principio de arreglo pacífico de las controversias internacionales es la otra base sobre la que reposa el enfoque articulado en la Carta para asegurar el objetivo principal de proteger la paz asignado a las Naciones Unidas.

Si juzgamos a las Naciones Unidas a la luz de su finalidad principal, es inevitable aludir a las decepciones y críticas que el Consejo de Seguridad viene cosechando por su incapacidad para aplicar de manera objetiva y eficaz las previsiones del capítulo VII de la Carta en los casos más graves de quebrantamiento de la paz. Tras la parálisis sufrida durante la etapa de la Guerra Fría, la respuesta del Consejo ante la invasión de Kuwait en 1990 hizo concebir la esperanza de activación del sistema de seguridad colectiva que pronto se vio frustrada por las actuaciones unilaterales en Kosovo, Afganistán e Iraq. En la actualidad, la práctica del Consejo de Seguridad configura un panorama complejo en el que –como se ha indicado con razón– ha renunciado a la centralidad en el recurso institucional a la fuerza armada (A. Remiro Brotons), aceptando el endoso *a posteriori* de las consecuencias de las intervenciones estatales mediante la puesta en marcha de misiones de apoyo para la reconstrucción, lo que ha abonado el reproche de instrumentalización; de otro lado, el caso de Siria es el ejemplo por antonomasia de inoperancia del Consejo por la influencia de los intereses geoestratégicos, con récord de vetos expresados. Al mismo tiempo, el Consejo de Seguridad ha

autorizado usos menores de fuerza e incluso fuerzas de intervención, creado regímenes de administración internacional y articulado un sistema de sanciones que ha ido ajustando para mejorar las garantías individuales. También, ha ampliado el concepto de paz y seguridad, desbordando el tradicional centrado en el uso de la fuerza entre Estados para ocuparse de dimensiones tales como las crisis humanitarias, las violaciones graves y masivas de los derechos humanos, la lucha contra el terrorismo internacional, la proliferación nuclear y la piratería internacional; para ello actúa en relación con conflictos internos y no solo respecto a Estados, sino también a actores no estatales. En esta línea de actuación, el Consejo ha llegado a crear tribunales penales y a ejercer funciones cuasi-legislativas, aunque alguna de estas medidas ha dado lugar a debate desde la perspectiva de sus poderes para adoptarlas.

Más allá del objetivo fundamental, la inclusión de la cooperación internacional en los ámbitos económico, social, cultural y humanitario, así como el respeto al principio de libre determinación de los pueblos y a los derechos humanos y las libertades fundamentales, entre los propósitos de la Organización, ha permitido alcanzar la universalización de la sociedad internacional mediante la descolonización, el desarrollo del Derecho Internacional y su humanización a través de la incorporación de los tratados sobre derechos humanos y sus órganos de control e incontables avances en todos los campos. En esta tarea, la Asamblea General y el Consejo Económico y Social desarrollan un papel muy activo, con el apoyo de los múltiples órganos subsidiarios, fondos, programas y agencias. Las Naciones Unidas actúan de foro universal de diálogo e impulso de compromisos políticos y jurídicos en todas las esferas. Como ha señalado la Asamblea General en su Resolución 73/127, las Naciones Unidas son la organización internacional más representativa y la máxima expresión del multilateralismo, que es el principal instrumento para hacer frente a los desafíos mundiales multifacéticos y complejos mediante la acción colectiva.

Así, partiendo de que el signo de la dinámica y del cambio preside como ley de vida la historia de las Naciones Unidas, la Organización ha ido adaptándose tanto en sus actividades como en la forma de asumir sus funciones y ejercitar sus competencias a un mundo muy distinto del que existía cuando se creó (J. A. Carrillo). Por eso, en el momento presente, la propia Organización presenta sus objetivos estructurados en torno a tres pilares: el desarrollo sostenible, la paz y la seguridad y los derechos humanos, que están interrelacionados y se refuerzan mutuamente. En esta dirección, la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, con sus diecisiete Objetivos, encarna un ambicioso programa en beneficio de la humanidad que incluye desde la eliminación de la pobreza hasta el combate al cambio climático, la educación, la igualdad de la mujer, la defensa del medio ambiente, el diseño de las ciudades o la promoción de la paz, la justicia e instituciones sólidas.

Mirando hacia el futuro, en el horizonte aparece siempre la reforma de la Carta, particularmente deseable en lo que atañe a la composición del Consejo de Seguridad y la regla de toma de decisiones, con miras a alcanzar mayor representatividad, legitimidad y eficacia en la aplicación del sistema de seguridad colectiva. Pero el fracaso de los esfuerzos hasta ahora desarrollados demuestra que es un objetivo tan conveniente como difícil. Por eso sigue vigente la reflexión del profesor Carrillo

Salcedo, según la cual acaso sea preferible examinar las posibilidades que la Carta de las Naciones Unidas ofrece para la construcción de la paz si sus disposiciones fuesen efectivamente aplicadas en su letra y en su espíritu, más que obsesionarnos con nuevas y más radicales reformas de las Naciones Unidas.

BIBLIOGRAFÍA

Carrillo Salcedo, J. A.: *El Derecho Internacional en perspectiva histórica*. Madrid: Tecnos, 1991.

— «¿Reforma de las Naciones Unidas o aplicación del espíritu y la letra de la Carta?», en A. M. Badía Martí, *et al.,* coords. *El Derecho Internacional ante los retos de nuestro tiempo. Homenaje a la Profesora Victoria Abellán Honrubia*. Madrid: Marcial Pons, 2009.

Remiro Brotons, A.: «¿Naciones Unidas o naciones "a la orden"»?, en *Ius et Veritas*, 30 (2005)

— «Carta de las Naciones Unidas-Nuevo Orden: ida y vuelta», en L. Caflisch, *et al.,* coords. *El Derecho Internacional: Normas, Hechos y Valores. Liber Amicorum José Antonio Pastor Ridruejo*. Madrid: Universidad Complutense, 2005.

Paz Andrés Sáenz de Santa María
Catedrática de Derecho Internacional Público
Universidad de Oviedo

VER TAMBIÉN: CORTE PENAL INTERNACIONAL / COSTUMBRE JURÍDICA / DEMOCRACIA GLOBAL / DERECHOS HUMANOS / DESCOLONIZACIÓN / DIPLOMACIA / INTEGRACIÓN EUROPEA / JURISDICCIÓN UNIVERSAL / **PANDEMIA: PERSPECTIVA INTERNACIONAL** / RELACIONES INTERNACIONALES / RESERVAS A LOS TRATADOS / TRATADOS INTERNACIONALES / UNIÓN EUROPEA

NEGOCIO JURÍDICO

El negocio jurídico es un acto de autonomía de la voluntad mediante el que las partes reglamentan sus intereses en el marco de una relación jurídica, de la que deriva la constitución, modificación o extinción de derechos y obligaciones para los intervinientes, conforme a las previsiones legales. El concepto nace como concepto técnico en el ámbito de la doctrina alemana, cuyo punto de partida es el estudio de Savigny sobre su naturaleza, problemática y, en especial, sobre la declaración o manifestación de voluntad de las partes intervinientes, en lo que constituye la parte más original de la construcción pandectística.

En el ámbito del XIX europeo, siglo del liberalismo político, económico y social, encuentra un desarrollo adecuado la teoría pandectística de la autonomía privada, el respeto a la libertad individual y a la libre voluntad de los sujetos en las relaciones contractuales, priorizándose la voluntad interna de los contratantes en una primera época, y su voluntad declarada, en una etapa posterior, caracterizada ya por la tendencia a favorecer la seguridad en el tráfico jurídico.

La pretensión de construir un Derecho universal que, conformado como un sistema científico, resultase equiparable a las Ciencias naturales y, por ende, válido en cualquier tiempo y lugar, tiene sus primeros atisbos en la labor realizada en torno a la compilación justinianea por los comentaristas medievales, pero ha de esperarse a la pandectística para que se produzca su definitiva cristalización en una Teoría General del Derecho, en torno a una serie de conceptos como persona jurídica, capacidad jurídica o negocio jurídico que, en buena medida, siguen vigentes, en los ordenamientos jurídicos actuales.

En el ordenamiento español los principios de autonomía de la voluntad y de cumplimiento de los pactos, *pacta sunt servanda*, se plasman, con carácter general, en los arts. 1255 y 1091 del Código Civil. Ya en los textos romanos se afirma que las manifestaciones de voluntad de los intervinientes en un negocio son ley entre las partes, y que los pactos tienen carácter obligatorio.

El concepto de negocio jurídico es recogido, por primera vez en el ámbito de la legislación, en el Código Civil de Sajonia de 1863, parágrafo 88, conforme a la siguiente formulación: «Un acto es un negocio jurídico cuando la acción de la voluntad se dirige, de acuerdo con las leyes, a constituir, extinguir o cambiar una relación jurídica».

La expresión negocio jurídico engloba pues, a su vez, dos conceptos abstractos, el de acto jurídico y el de relación jurídica, y requiere, para su correcta comprensión, partir de las nociones de hecho natural y de hecho jurídico. Si consideramos que los hechos naturales son fenómenos de la naturaleza, como una tormenta, que no producen en principio, consecuencias jurídicas, la distinción entre estos hechos y los jurídicos deberá radicarse en la producción de efectos jurídicos por parte de estos últimos y en su regulación por parte de la norma jurídica.

Cabría, por tanto, considerar hechos jurídicos:

– Aquellos acontecimientos de orden natural que son tenidos en cuenta por el ordenamiento jurídico, en or-

den a la atribución de determinados efectos jurídicos. Así los daños materiales causados a particulares por el desbordamiento de una presa o la adquisición originaria de la propiedad por accesión en los casos de aluvión o avulsion.

– O bien aquellos supuestos en los que interviene la voluntad humana, en cuyo caso estamos ante un acto jurídico. Así, la presentación de una demanda ante un tribunal, el abandono consciente de una cosa mueble en un lugar público o la adquisición de una *res nullius* por ocupación.

Los actos jurídicos pueden ser lícitos, cuando no contradicen la normativa jurídica vigente, e ilícitos, cuando la contravienen; así, las actuaciones realizadas en fraude de ley o los delitos. En el marco de los actos jurídicos lícitos se ubica el negocio jurídico, en el que es necesaria la voluntad concurrente de las partes.

En las fuentes romanas, si bien no se utiliza el concepto de negocio jurídico con el sentido técnico unitario propio del Derecho moderno, es frecuente la inclusion del término *negotium*, de forma individualizada o integrado en una expresión, en textos jurídicos y literarias, así en CJ. 4.35.21 «los negocios ajenos, *aliena negotia*, deben ser gestionados con sumo cuidado», o en D. 39.5.18, donde se alude a un negocio mixto con donación, *negotium mixtum cum donatione*…, etc.

Nuestro CC, al igual que sucede con la mayoría de los Códigos latinos, no utiliza la expresión negocio jurídico en su articulado, lo que no obsta para que se le atribuya por la doctrina y la jurisprudencia una posición central en el sistema jurídico, lo que contrasta con el Código Civil alemán que la incorpora al texto legal como categoría de referencia.

Los negocios jurídicos se pueden clasificar conforme a muy variados criterios, así:

A) En atención al número de declaraciones de voluntad que integran el negocio: en los negocios unilaterales existe una sola declaración de voluntad, así en el testamento o en la aceptación de una herencia; en los bilaterales, se produce la declaración concorde de dos voluntades, así en un arrendamiento; en los plurilaterales, la voluntad concorde atañe a tres o más personas, así, en un contrato de sociedad constituida entre varios socios.
B) En atención a la existencia o no de contraprestación entre las partes, cabe distinguir entre negocios onerosos, en los cuales cada una de las partes debe efectuar una contraprestación o un sacrificio patrimonial a favor de la otra parte (así en la compraventa, hay un intercambio recíproco de cosa y precio), y negocios gratuitos o lucrativos, cuando una de las partes obtiene un provecho o ventaja sin que deba realizar una contraprestación a favor de la otra parte. Así, el donatario o el legatario respecto del donante o del testador disponente del legado. Se les designa, en ocasiones, con la expresión de negocios de liberalidad.
C) Dentro de la categoría de negocios onerosos, cabe distinguir entre conmutativos, aquellos en los que hay una proporción o equivalencia entre las prestaciones de las partes, y aleatorios, aquellos en los que no se produce *a priori* la mencionada equivalencia, y sí una incertidumbre. Así, en un contrato de seguro.
D) Según el momento en que se producen los efectos, cabe distinguir entre negocios *inter vivos* y negocios *mortis causa*. En los primeros, los efectos del negocio nacen en vida de los sujetos intervinientes. Los *mortis causa* son aquellos cuyos efectos se apla-

zan hasta el momento del fallecimiento de quien los concluye.

E) En atención a su contenido, los negocios jurídicos de Derecho privado, conforme afirma Díez– Picazo, se clasifican en:

a) Negocios de Derecho patrimonial, que pueden ser puros, cuando tienen una finalidad extrictamente económica, y mixtos, que además persiguen fines de naturaleza personal o familiar,
b) Negocios de Derecho de familia y
c) Negocios atinentes a los derechos de la personalidad.

A su vez, los negocios patrimoniales, atendiendo a su función económica, pueden clasificarse en: negocios de disposición, de administración y de atribución.

F) En atención a las formalidades exigidas por la ley para la validez del negocio, cabe distinguir entre negocios solemnes y no solemnes. En los primeros, la manifestación de voluntad debe expresarse conforme a lo establecido en las normas jurídicas, así, en el testamento. Se afirma asimismo que en estos negocios solemnes, la forma, por ejemplo, la escritura pública o la inscripción en el Registro, es un requisito *ad substantiam*, en el sentido de que constituye un elemento esencial del negocio, sin cuya existencia este no es válido; por el contrario, en los no solemnes, la ley no exige a las partes del negocio que exterioricen su voluntad de una forma determinada.

G) En atención al reconocimiento legal, cabe contraponer entre negocios típicos, que son aquellos previstos en la ley y dotados de una regulación específica, y atípicos, que son acuerdos de voluntades derivados del ejercicio de la autonomía privada, que, si bien no son contrarios a las leyes, no están dotados de un régimen legal propio.

H) En la categoría de los denominados negocios jurídicos anómalos cabe mencionar los negocios simulados, los en fraude de ley, los fiduciarios y los indirectos.

BIBLIOGRAFÍA

Castro y Bravo, F. de: *El negocio jurídico*. Madrid: Civitas, 2016.
Díez-Picazo, L.: *Ensayos jurídicos*. Madrid: Civitas 2011.
Fernández de Buján, A.: *Derecho Privado Romano*. Madrid: Iustel 2017. 10.ª ed.
Flume, W.: *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. 2, Das Rechtsgeschäft*. Berlin: Springer, 1992.
Galgano, F.: *Il negozio giuridico*. Milano: Giuffré 2002.

Antonio Fernández de Buján y Fernández
Académico de Número de la
Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España
Catedrático de Derecho Romano
Universidad Autónoma de Madrid

VER TAMBIÉN: ABUSO DE DERECHO / BUENA FE / CODIFICACIÓN / CÓDIGO CIVIL / CONTRATOS / DERECHO CIVIL / DERECHO ROMANO / DERECHOS SUBJETIVOS / INTERPRETACIÓN JURÍDICA / NOTARIADO / OBLIGACIÓN JURÍDICA / REGISTROS JURÍDICOS

NEOCONSTITUCIONALISMO

El neoconstitucionalismo es un concepto en el que confluyen diversas descripciones, una teoría del Derecho, una metodología jurídica, una cultura o ideología jurídica, una nueva tipología de Estado –el Estado constitucional de Derecho– o una corriente constitucional, y cuya novedad radica en ese conjunto que conforma un común denominador gestado en unas coordenadas de tiempo y espacio identificables.

La génesis del neoconstitucionalismo tiene como referencia la ponencia presentada en Buenos Aires por Susanna Pozzolo en el XVIII Congreso de la IVR *(Internationale Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie),* en 1997, con el título «Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional». En ella identificaba una corriente de pensamiento, a la que describe como neoconstitucionalismo, elaborada por diversos iusfilósofos (Dworkin, Alexy, Zagrebeslky), que conduciría a sostener una autonomía hermenéutica, en aras a su especificidad, de las Cartas fundamentales. Así, la Escuela genovesa de Teoría del Derecho (Comanducci) reivindica el uso de ese término para analizar algunas tendencias pospositivistas que se constatan en un conjunto de textos constitucionales posteriores a la Segunda Guerra Mundial, en los que, más allá de abordar una separación de poderes o de distribuir competencias, se integran una serie de normas materiales o sustantivas que orientan la actuación estatal hacia el logro de ciertos fines, engarzados en una serie de derechos, valores, principios y directrices.

En esta trazabilidad del término neoconstitucionalismo convergen dos modelos constitucionales y dos patrones de Estado. Por un lado, se aproximan el modelo constitucional norteamericano, en el que la Constitución se concibe como un instrumento que ha de garantizar el máximo desarrollo de los individuos sobre unas bases de igualdad, para lo cual se configura como norma suprema y garantizada jurisdiccionalmente, y un modelo constitucional europeo en el que la Constitución es un elemento de transformación social y política, asentada en valores irrenunciables como la democracia y la libertad, con una proyección económica y social. Por otro, dos patrones de Estado, el Estado legal que impulsó el nacimiento del Estado moderno y que se atribuyó el monopolio de la producción jurídica, y el Estado constitucional, neopositivista, que aboga por unas Constituciones rígidas y por el control de la constitucionalidad de las leyes, son imprescindibles para la construcción del neoconstitucionalismo que pugna por analizar el funcionamiento del sistema jurídico y las transformaciones que en el mismo ha supuesto la constitucionalización del Derecho. En esta referencia genética al neoconstitucionalismo, no podemos soslayar una remisión al neoconstitucionalismo latinoamericano (Terol), que surge con una terminología matizadamente diferente, la de «nuevo constitucionalismo latinoamericano» (Viciano/Martínez Dalmau), y que en su momento de construcción ha pivotado sobre la legitimidad democrática, priorizando su dimensión externa, comprometida y transformadora, pero que en su consolidación e implementación viene inexcusablemente a converger a partir de la importancia de su normatividad y por

el recurso a las nuevas estrategias neoconstitucionales para canalizarla.

Una caracterización del neoconstitucionalismo se condensa en torno a tres pilares de referencia cuyo nexo es la novedad que se concreta en el prefijo «neo»: nuevos textos constitucionales, nueva jurisprudencia y nuevas teorías jurídicas. Constituciones como la española de 1978 o la brasileña de 1988 fortalecen su legitimidad con una legalidad dogmática que materializan en forma de cartas de derechos cuyo contenido sustantivo condiciona indiscutiblemente la actuación del Estado, desde dos atributos, su carácter irreversible o de no retorno –no concebimos ulteriores construcciones jurídicas que renuncien a esos contenidos– y plural. El activismo de los jueces constitucionales ha incorporado esos nuevos parámetros interpretativos mediante un razonamiento y una argumentación compleja que precisa de técnicas interpretativas como la ponderación, la proporcionalidad, la razonabilidad, la maximización de los efectos normativos de los derechos fundamentales o su eficacia en las relaciones entre particulares, entre otras. Desde su apoyo en ambos pilares y con el fin de fortalecer su consolidación, la ciencia jurídica ha avanzado desde un plano descriptivo a un plano constructivo, desde el que contribuye a la creación de fenómenos jurídicos, articulándose como una «meta-garantía» del ordenamiento jurídico en su conjunto (Ferrajoli), especialmente necesaria para cubrir lagunas y afrontar inconstitucionalidades.

Sobre la base de diferentes modelos de Constitución (modelo de Constitución axiológica como orden; modelo descriptivo de Constitución como orden; modelo descriptivo de Constitución como norma y modelo axiológico de Constitución como norma) (Comanducci), nos topamos con una serie de indicadores o alertas de que estamos en un contexto neoconstitucional (Guastini). Una Constitución rígida, con fuerza vinculante, aplicable directamente, no solo fuente de fuentes, que integra una parte orgánica y una parte dogmática, cuya aplicación se halla reforzada por la habilitación de unas garantías jurisdiccionales y que se convierte en parámetro prioritario de interpretación de las leyes. Desde estos referentes, el neoconstitucionalismo, en su polisemia y su configuración desde diversas aportaciones, se desgrana en torno a diferentes caracteres (García Amado).

El contenido material axiológico de las Constituciones –principios, valores, derechos fundamentales y sus garantías– incorpora un determinado orden objetivo de valores que se convierte en su esencia, a la vez que traslada un orden social «necesario». Esa conexión entre Derecho y Moral, moral constitucionalizada, se prolonga al terreno práctico por su potencial resolutivo en todos los conflictos para avalar, bien una única respuesta (Dworkin) o para estar presente en las diversas soluciones posibles, que no son necesariamente antagónicas (Alexy). La proyección de la Constitución se realiza por los jueces, particularmente, por los Tribunales Constitucionales, que podrán resolver de modo preciso y objetivo cada conflicto determinando la inconstitucionalidad, la inaplicación de una ley o la ponderación de principios y derechos en el caso concreto. Ese método para la fundamentación supone aplicar de modo proporcional principios del mismo valor, estableciendo un orden de preferencia para el caso concreto, imponiendo al sentenciador la necesidad de fundamentar sus decisiones, de argumentar jurídicamente su resolución. La acabada teoría neoconstitucional de la argumentación

jurídica alude a expresar cómo se plasma en esa conclusión la respuesta que la Constitución axiológica establece para ese determinado conflicto. Sobre ese sustrato ontológico se proyecta un elitismo epistemológico de los jueces y especialmente de los Tribunales Constitucionales que protagonizan un activismo judicial que desplazaría el protagonismo de los otros poderes constituidos.

Esta corriente ha introducido un lenguaje neoconstitucional que se puede ilustrar con expresiones como «rematerialización constitucional» (aquello que es indecidible por cualquier mayoría), «coto vedado» (espacio donde no cabría la negociación ni el disenso y que resguardaría unos derechos fundamentales como condición necesaria para sustentar la democracia representativa), la «jerarquía móvil o axiológica» (fundamento de la ponderación que permite la formulación de preferencias condicionadas que desplazan a otros valores o principios), las «criaturas de la moralidad» (principios y directrices constitucionales), «normas constitucionales inconstitucionales» (normas de la Constitución que permiten al legislador un desarrollo normativo incompatible con ese contenido axiológico) o «lagunas axiológicas» (existencia de normas o de propiedades de una norma que no debieran existir y que se convierten, junto a las antinomias, en el reto a afrontar desde parámetros neoconstitucionales).

El neoconstitucionalismo no está exento de críticas, como la vinculación entre Derecho y Moral que lleva a cuestionar la idea de una moral única o de una pluralidad de morales, una moralidad estática o una moralidad cambiante y evolutiva o involutiva, una moral social o una moral elitista, esto es, la problemática de un constitucionalismo ético y neutro. La objetivación de cuestiones técnicas como la diferencia estructural e interpretativa entre reglas, principios y directrices. El equilibrio entre el Poder Judicial y los otros poderes, especialmente el Poder Legislativo que parece relegado y preterido. El reto de buscar un consenso básico en una sociedad política ya no solo plural, sino fragmentada e incluso antagónica, problema que se multiplica si pensamos en una escala global en la que dicho constitucionalismo ha de integrarse. Finalmente, la escasa atención prestada a uno de los problemas más acuciantes en el constitucionalismo actual como es la eficacia y acatamiento de las Constituciones y el *tempo* discordante entre conflictos jurídicos y problemáticas sociales fotónicas y sus respuestas jurídicas. Con todo, el neoconstitucionalismo ha marcado una propuesta irrenunciable de dotar de un contenido axiológico a las Constituciones, articulándose el reto de integrar los dilemas del pluralismo en su implementación.

BIBLIOGRAFÍA

Carbonell, M., ed.: *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*. Madrid: Trotta - Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2007.

Comanducci, P.; *et al.*: *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.

Ferrajoli, L.; Ruiz Manero, J.: *Dos modelos de constitucionalismo. Una conversación*. Madrid: Trotta, 2012.

Pozzolo, S.: «Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional», en *Doxa*, 21, v. II (1998).

PRIETO SANCHÍS, L.: *Derechos Fundamentales, Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Lima: Palestra, 2007.

María Esther SEIJAS VILLADANGOS
Profesora Titular de Derecho Constitucional
Universidad de León

VER TAMBIÉN: CONSTITUCIÓN / CONSTITUCIONALISMO MULTINIVEL / DEMOCRACIA / DERECHO CONSTITUCIONAL / DERECHO Y MORAL / DERECHOS FUNDAMENTALES / ESTADO CONSTITUCIONAL / JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL / POSITIVISMO JURÍDICO / PRINCIPIOS Y VALORES CONSTITUCIONALES

NOTARIADO

El Notariado español moderno, con orígenes remotos en el *tabellio* romano, se configura legislativamente, principalmente, a través de la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862 (LN) y del Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado (RN) de 2 de junio de 1944, y se halla «integrado por todos los notarios de España, con idénticas funciones y los derechos y obligaciones que las leyes y reglamentos determinan» (art. 1 RN).

El Notariado, preexistente, por tanto, a nuestro texto constitucional, aunque en constante adaptación, encuentra su anclaje en el título VIII de la Carta Magna, en virtud de la *garantía institucional* otorgada directamente al producto propio o resultado material típico de la actividad del notario, esto es, el instrumento público (art. 17 LN y art. 1216 CC) –que se incorpora al protocolo notarial (art. 272 RN)–, e indirectamente al mismo notario, como su autor, en el art. 149.1.8 CE, que confiere al Estado la competencia exclusiva en materia de «ordenación de los registros e instrumentos públicos» (sin perjuicio de la asunción de competencias «ejecutivas» por las Comunidades Autónomas con el sentido e interpretación dadas a dicha categoría por la STC 31/2010).

El art. 1 LN dispone que «[E]l Notario es el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales», poniendo de relieve un aspecto esencial del Notariado, esto es, la condición de *funcionarios y fedatarios públicos* de los notarios que lo integran. Ello no agota la totalidad de la figura del notario, si bien viene a expresar la finalidad a la que sirve su actividad, esto es, coadyuvar a la consecución de los principios constitucionales de legalidad (art. 9.1 CE), seguridad jurídica (9.3 CE) y libertad (1.1 CE), al conferir el instrumento público un medio privilegiado para el ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como su condición de funcionario público, de una sola clase en todo el Reino (art. 1 LN). Ello reclama para el Estado la competencia exclusiva «sobre las bases del régimen estatutario» (art. 149.1.18 CE) del Notariado, a pesar de tener los notarios, de modo inescindible, como dice Rodríguez Adrados, el carácter de funcionarios públicos y de profesionales del Derecho (art. 1 RN), y de ejercer o prestar una función pública a través de medios privados sustentados por el arancel notarial. Como afirma Bolás Alfonso, los notarios son funcionarios en cuanto que son depositarios de una función pública estatal que ejercen, en parte, en régimen profesional para su mayor eficiencia y para el mejor servicio a la sociedad.

La fe pública notarial tiene y ampara un doble contenido: a) en la esfera de los hechos, la exactitud de los que el notario ve, oye o percibe por sus sentidos; b) en la esfera del Derecho, la autenticidad y fuerza probatoria de las declaraciones de voluntad de las partes en el instrumento público redactado conforme a las leyes. Como profesional del Derecho, el notario tiene la misión de asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquellos se proponen alcanzar (art. 1 RN).

El Notariado español se incardina, así, en el concepto de lo que ha dado en llamarse «Notariado latino» o Notariado propiamente dicho que, como Gomá Salcedo señala, se caracteriza «por la fusión entre la función pública y el asesoramiento profesional independiente e imparcial y por la retribución a cargo de los particulares que solicitan su intervención», por oposición a los notarios anglosajones, meros autenticadores de firmas.

Los ciudadanos tienen el derecho de libre elección de notario sin más limitaciones que las previstas en el ordenamiento jurídico (art. 3 RN), entre las que se encuentra su actuación como órgano de jurisdicción voluntaria, en cuyo caso son de aplicación las normas de competencia territorial correspondientes. La Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, al amparo del art. 117.4 CE, ha conferido a los notarios competencia exclusiva o compartida con otros funcionarios en ciertos expedientes, «[…] como protagonistas principales que son de nuestro sistema de fe pública y garantes de la seguridad jurídica […]» (preámbulo), siguiendo la estela iniciada por la reforma en materia de declaración de herederos *abintestato* de la hoy derogada Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de febrero de 1881, operada por la Ley 10/1992, de 30 de abril, y siguiendo la recomendación del Consejo de Ministros del Consejo de Europa (R (86) 12) de 16 de septiembre de 1986.

Este aspecto, añadido a la función clásica y definitoria del Notariado de la dación de fe pública y el control de la legalidad de los actos que autoriza e interviene (STC 207/1999), es sin duda un aspecto destacable de la evolución del Notariado y su adaptación a las necesidades de nuestro sistema jurídico, dando respuesta a las exigencias de prestación de un servicio público eficiente para la sociedad.

En cuanto al *modo de ejercicio de su función y la forma de organizarse*, el Notariado disfruta de plena autonomía e independencia en su función, dependiendo su organización, no obstante, jerárquica y directamente del Ministerio de Justicia y de la Dirección General de los Registros y del Notariado [llamada, a partir de 2020, de Seguridad Jurídica y Fe Pública], si bien su régimen organizativo se descentraliza a base de Colegios Notariales, regidos por Juntas directivas con jurisdicción sobre los notarios de su respectivo territorio (art. 1 RN) –correspondiente con el de las Comunidades Autónomas–, cuyos decanos forman parte del Consejo General del Notariado (art. 336 RN).

El carácter estatal del Notariado contribuye a una mayor *cohesión y vertebración territorial***,** por la capilaridad geográfica de su demarcación, *y a una más eficaz aplicación y ejercicio de los derechos* correspondientes a todos los ciudadanos, facilitando la determinación de la ley que les es aplicable mediante la adecuada calificación de su respectiva vecindad civil (punto de conexión propio de nuestro Derecho interregional), así como su efectiva aplicación material, independientemente del lugar en que el notario preste su función, y aunque autorice instrumentos otorgados fuera del territorio correspondiente a la vecindad civil del otorgante, al ser los Derechos especiales, forales o territoriales parte integrante esencial de su proceso de formación.

Desde la *perspectiva europea*, el Notariado es y debe ser una pieza fundamental para el desarrollo y consecución del Espacio Judicial Europeo, habiendo

quedado reconocida la noción de instrumento público en la jurisprudencia del TJUE desde el caso *Unibank* (17 de junio de 1999), y en el Derecho derivado de la Unión**,** así como la propia figura del notario a la que, además de su función propia y típica referida, se reconoce la posibilidad de que, cuando así se haya previsto por los Estados miembros y en los supuestos en que en su actuación concurran los requisitos previstos para ello, pueda ser calificado como «tribunal» [art. 3.2 del Reglamento (UE) 650/2012 –sobre sucesiones–, y de los Reglamentos (UE) 2016/1103 y 2016/1104 –en materia de regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas–].

Con *perspectiva de futuro*, el Notariado deberá seguir prestando el servicio público y ministerio que tiene encomendado por el Estado, en la forma prevista por la ley, pero en un mundo en constante cambio, adaptándose a las nuevas tecnologías, pero siempre conservando la esencia de su función, como garante de la seguridad jurídica, previniendo potenciales conflictos y litigios, a que se refería Joaquín Costa, mediante el ejercicio de una justicia preventiva o cautelar, en palabras de Federico de Castro; debiendo el Estado proteger dicha función y su ejercicio frente al carácter «disruptivo» y el uso inadecuado de tecnologías que puedan poner en riesgo la protección y tutela de los derechos de los ciudadanos. El art. 17 bis LN, introducido por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, y pendiente de desarrollo parcial, sienta las bases para el avance tecnológico de la función notarial y la configuración del instrumento público electrónico en toda su extensión.

Asimismo, el Notariado deberá seguir contribuyendo a facilitar el ejercicio de los derechos por el ciudadano, velando especialmente por los otorgantes más necesitados de asesoramiento o protección (art. 147 RN), así como colaborar para lograr la plena aplicación de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006, recabando los apoyos necesarios, en su caso (art. 56 CC). Todo ello sin olvidar otros cometidos en beneficio del interés general, como la esencial labor del notario en la prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo (Ley 10/2010, de 28 de abril), o como funcionario electoral, dando fe de actos relativos a las elecciones y posibilitando, cuando sea preciso, el ejercicio del derecho de voto mediante la autorización de poderes electorales (art. 72.c LOREG y anexo IV RN).

BIBLIOGRAFÍA

Bolás Alfonso, J.: «El Notariado y la Constitución Española», en *Revista Jurídica del Notariado*, extraordinario 2018.

Gomá Salcedo, J. E.: *Derecho Notarial*. Barcelona: Bosch, 2011.

Herrero y Rodríguez de Miñón, M.: *La garantía institucional de la fe pública*, en «La reforma de la justicia preventiva», Martín Romero, J. C. (dir.). Madrid: Civitas, 2004.

Ollé Favaró, J. C.: «Elementos de la función notarial a partir de la Constitución», en *La Notaría*, 2/2018, Ilustre Colegio de Notarios de Cataluña.

Rodríguez Adrados, A.: «El Notario. Función privada y función pública. Su inescindibilidad», en *Revista de Derecho Notarial*, CVII (1980).

[Las opiniones expresadas en este trabajo corresponden únicamente con las del autor y en ningún caso representan postura alguna de la Comisión Europea.]

Juan Gómez-Riesco Tabernero de Paz
Notario
Experto Nacional destacado en la Dirección General de Justicia y Consumidores de la Comisión Europea

VER TAMBIÉN: ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA / ADMINISTRACIONES PÚBLICAS / BUENA FE / CÓDIGO CIVIL / CONTRATOS / DERECHO CIVIL / DERECHO DE FAMILIA / DISCAPACIDAD / EFICACIA JURÍDICA / NEGOCIO JURÍDICO / REGISTROS JURÍDICOS / SEGURIDAD JURÍDICA / SUCESIONES

OBJECIÓN DE CONCIENCIA

La objeción de conciencia consiste, en un sentido amplio, en el rechazo al cumplimiento de una norma jurídica que impone una obligación contraria a la conciencia individual, ya sea a las convicciones éticas o a las creencias religiosas de la persona. En un sentido estrictamente jurídico, en cambio, solo podrá hablarse de objeción de conciencia cuando ese rechazo, esa oposición al cumplimiento de un deber, esté reconocido normativamente como un derecho. Jurídicamente, la objeción de conciencia es, pues, la desobediencia individual regulada por el Derecho, legitimada por el ordenamiento, es decir, la objeción *secundum legem*.

En cuanto a este reconocimiento normativo de la objeción de conciencia, puede afirmarse que las Constituciones, normas fundamentales de los ordenamientos jurídicos, no contemplan un derecho general a objetar frente a las obligaciones jurídicas por razones de conciencia. Ni la Constitución Española, ni otras Constituciones –con la salvedad de las Constituciones portuguesa de 1976 (art. 41.6) y eslovena de 1991 (art. 46), aunque ambas reconocen que la objeción de conciencia solo podrá ejercerse en los términos establecidos por la ley–, ni tampoco los principales textos constitutivos del Derecho Internacional de los derechos humanos, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950, o el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 –excepción hecha del art. 10.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que reconoce la objeción, aunque «de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio»–. Como mucho, algunas Constituciones, como la española (art. 30.2), reconocen un supuesto concreto de objeción de conciencia: la que se ejerce frente al servicio militar obligatorio.

Lo que sí se ha plasmado en todos los textos mencionados es la libertad de conciencia *lato sensu*. Con unos u otros términos, todo texto constitucional que se precie de serlo reconoce esta libertad esencial, refiriéndose, habitualmente, a la genérica «libertad de pensamiento, conciencia y religión» o bien a las «libertades ideológica y religiosa».

Habida cuenta de que en los textos constitucionales se encuentra siempre la libertad de conciencia, pero no la objeción de conciencia, cabría preguntarse si esta última existe sin más con el reconocimiento constitucional de la primera, o si un supuesto concreto de objeción tendrá que ser reconocido expresamente para que exista y pueda ser ejercido. Entre la doctrina científica (sobre todo en los ámbitos iusfilosófico o del Derecho eclesiástico, aunque también en el jurídico-constitucional), en el contexto español y en el Derecho comparado, numerosos autores han defendido la primera opción. Desde esta perspectiva, existiría un derecho general de objeción de conciencia que forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad de conciencia, sin necesidad de otras previsiones más específicas. Otros tantos han entendido, por el contrario, que la vinculación entre la libertad de conciencia y la objeción no puede conducir a esa conclusión, y que para considerar que esta última existe el supuesto concreto deberá estar previsto específicamente en la ley o en la propia Constitución.

Esta segunda posición se compadece mejor con el sentido de los pronunciamientos de los tribunales internacionales en-

cargados de velar por el Derecho Internacional de los derechos humanos, así como con la jurisprudencia constitucional, española y comparada. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en efecto, rechazaría desde bien pronto la existencia de un derecho general a la objeción de conciencia como parte de la libertad de pensamiento, conciencia y religión reconocida en el art. 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (caso *X c. Holanda,* de 31 de mayo de 1965). En sentido análogo se pronunciaría el Comité de Derechos Humanos, en relación con el alcance de esa libertad, reconocida en el art. 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (sentencia *Hartikainen c. Finlandia,* de 9 de abril de 1981). Los tribunales constitucionales nacionales también se inclinarían por esta posición. Tal es el caso, por mencionar algunos de nuestro más próximo entorno, del Tribunal Constitucional alemán (sentencia BVerfGE 67, 26), la Corte Constitucional italiana (sentencia 58/1960), o el Consejo Constitucional francés (decisión de 23 de noviembre de 1977). El Tribunal Constitucional español, aunque en un principio pareció inclinarse por atribuir un mayor alcance a la libertad ideológica, religiosa y de culto del art. 16 CE –afirmando, al hilo de la objeción al aborto, que la objeción de conciencia existía y podía ser ejercida con independencia de que se hubiera dictado o no su regulación (STC 53/1985), de suerte que se ha reconocido al personal sanitario, desde entonces, el derecho a ejercer esta objeción–, posteriormente adoptaría, como los demás tribunales constitucionales, una concepción más limitada del precepto. Más adelante afirmaría que el derecho a la libertad de conciencia del art. 16 CE no sería, por sí mismo, «suficiente para liberar a los ciudadanos de deberes constitucionales o subconstitucionales por motivos de conciencia, con el riesgo anejo de relativizar los mandatos jurídicos» (STC 160/1987). Y añadiría en su siguiente pronunciamiento que una objeción general, entendida como el derecho a ser eximido del cumplimiento de los deberes jurídicos que resulten contrarios a la conciencia personal, «no está reconocido ni cabe imaginar que lo estuviera en nuestro Derecho o en Derecho alguno, pues significaría la negación misma de la idea del Estado» (STC 161/1987). Esta tesis ha sido ratificada por el Tribunal en otros pronunciamientos posteriores al hilo de los más diversos deberes jurídicos cuando un ciudadano ha querido resultar exento de una obligación jurídica invocando su libertad de conciencia. También en relación con la controvertida STC 145/2015, en la que el Alto Tribunal otorgó el amparo a un farmacéutico sancionado por incumplir su deber de disposición de la «píldora del día después» por razones de conciencia, puede afirmarse que el Tribunal no ha modificado su tesis con carácter general.

Que la objeción no pueda ejercerse sin más al amparo de la libertad de conciencia no impide que los poderes públicos deban mostrar una tónica de sensibilidad para con las creencias de los ciudadanos. Descartar que la naturaleza jurídica de la objeción de conciencia sea la propia de un derecho fundamental, pues, no debe llevar a olvidar que un Estado realmente democrático ha de poder ofrecer a los ciudadanos opciones para denunciar e incluso esquivar la norma que atente contra las convicciones personales. Una de esas posibilidades consistiría en promocionar la libertad de conciencia mediante la legitimación de supuestos concretos de objeción por parte del legislador. El supuesto reconocido, claro, sería un derecho de rango *legal*. La *ley* reconocería una excepción al cumplimiento de un deber jurídico por razones de conciencia.

Algunas pautas podrían orientar al legislador para apreciar la idoneidad de la previ-

sión de una objeción. Por ejemplo, el legislador debería valorar si el conflicto conciencia-ley es directo (lo sería el del médico que no quiere practicar la interrupción de un embarazo, pero no el de quien no quiere pagar impuestos para evitar «financiar abortos» con su dinero); la gravedad objetiva de ese problema de conciencia (resulta más gravoso obligar a un ciudadano pacifista a prestar el servicio militar que exigir a un diputado electo, que concurre libremente a unas elecciones, a prestar juramento o promesa de acatamiento de la Constitución); o, finalmente, tener en cuenta si la obligación ha sido voluntariamente asumida (como la del juez que no quiere aplicar una ley por motivos de conciencia, pues al acceder a su cargo precisamente se comprometió a administrar justicia sometido únicamente al imperio de la ley).

Conviene hacer, antes de concluir, una importante precisión terminológica. Próxima a la objeción de conciencia, en el espectro de las disidencias ideológicamente motivadas, se encuentra la desobediencia civil. Mientras que la objeción de conciencia implica el rechazo de la norma *porque* es injusta para el *individuo* obligado a cumplirla, el desobediente civil incumple la norma *para que* se cambie, como una forma de llamar la atención sobre ella al considerarla *socialmente* injusta. Un supuesto de objeción puede ser eventualmente aceptado por el ordenamiento jurídico. La desobediencia civil, sin embargo, es una categoría que, por definición, necesariamente queda fuera del Derecho.

BIBLIOGRAFÍA

Barrero Ortega, A.: *La libertad religiosa en España*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.

Gómez Abeja, L.: *Las objeciones de conciencia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2016.

Lucas Murillo de la Cueva, P.: «Objeción de conciencia y desobediencia civil», en L. Prieto Sanchís (coord.), *Actas de los seminarios sobre objeción de conciencia y desobediencia civil*. Madrid: Fundación Ciudadanía y Valores, 2011.

Martín-Retortillo Baquer, L.: «El marco normativo de la libertad religiosa», en A. Motilla de la Calle, *et al.*, *La libertad religiosa a los veinte años de su Ley Orgánica*. Madrid: Ministerio de Justicia, 1999.

Prieto Sanchís, L.: «Desobediencia civil y objeción de conciencia», en I. Sánchez Gargallo (dir.), *Objeción de conciencia y función pública*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2007.

Ruiz Miguel, A.: «La objeción de conciencia, en general y en deberes cívicos», en M. L. Maqueda Abreu (dir.), *Libertad ideológica y derecho a no ser discriminado*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1996.

— «Sobre la fundamentación de la objeción de conciencia», en *Anuario de Derechos Humanos*, 4 (1986-1987).

Laura Gómez Abeja
Profesora de Derecho Constitucional
Universidad de Sevilla

VER TAMBIÉN: BUENA FE / CONVIVENCIA / DERECHOS FUNDAMENTALES / DIGNIDAD / DESOBEDIENCIA CIVIL / OBLIGACIÓN JURÍDICA / PRINCIPIOS Y VALORES CONSTITUCIONALES

OBLIGACIÓN JURÍDICA

La obligación, en sentido técnico jurídico, se distingue de aquellas otras obligaciones que se encuadran tan solo en el campo de la moral o de las relaciones sociales, en su previsión y regulación en el ordenamiento jurídico y en su exigibilidad por parte del acreedor, sujeto activo de la relación obligatoria, ante los tribunales de justicia. El deudor, sujeto pasivo de la relación obligatoria, contrae, por su parte, el deber jurídico específico de satisfacer una prestación a favor del acreedor. El vocablo obligación es el sustantivo propio del verbo obligar, *obligare*, y deriva del término latino *obligatio*, que es palabra compuesta por *ob* y *ligare*, y de ahí la idea de ligamen o atadura que comporta, concebida como un vínculo, *vinculum iuris*, entre un acreedor y un deudor. Para referirse al acto de crear una obligación es frecuente la utilización en las fuentes romanas del vocablo *contrahere*. Contraer, *contrahere*, una obligación, hace pues referencia al hecho de establecer un vínculo entre acreedor, *creditor*, y deudor, *debitor*, cuya extinción, *solvere*, desligar, implica la disolución, *solutio*, del vínculo contraído.

El origen de la obligación está extrechamente ligado a las fuentes de derecho, hechos o actos jurídicos, lícitos o ilícitos, de los que el ordenamiento jurídico deriva el nacimiento de una relación obligatoria. Así pues, en la obligación hay un deber jurídico del deudor, que se corresponde con la deuda, y un derecho subjetivo del acreedor, que se encuadra en el ámbito de los derechos personales o de crédito. Sobre esta concepción, propia del Derecho romano, y mantenida a lo largo de los siglos, se ha construido la moderna teoría general de las obligaciones.

En toda relación obligatoria entre deudor y acreedor, cabe diferenciar como elementos distintos, que pueden recaer o no en la misma persona, entre deuda y responsabilidad. La distinción entre ambos elementos fue subrayada por von Amira en sus investigaciones sobre el Derecho de obligaciones en los países germánicos del norte de Europa, en las que analiza como fenómenos separados, la deuda, *Schuld*, y la responsabilidad, *Haftung*. En la misma línea, Brinz puso de relieve la existencia de la distinción, en las fuentes romanas, entre *debitum* y *obligatio*.

La deuda es el deber jurídico que tiene el deudor de realizar la prestación. La responsabilidad, desde la perspectiva del deudor, hace referencia a la idea de que los bienes del deudor o un determinado comportamiento de este quedan sometidos al poder coactivo del acreedor, al efecto de que pueda hacer efectivo su derecho de crédito. Vista desde el lado del acreedor, hace referencia a la posibilidad que a este se le reconoce de la facultad de exigir el cumplimiento de la prestación al deudor.

El crédito y la deuda se presentan, por otra parte, dentro de relaciones jurídicas más amplias, por lo que resulta preferible utilizar la expresión «relación obligatoria» en vez de obligación, dado que al hablar de relación obligatoria se designa, como tiene escrito Díez-Picazo, no la simple correlación abstracta e ideal entre crédito y deuda, sino la entera relación jurídica que entre las partes existe y se crea para cumplir las finalidades de carácter económico y dar satisfacción a los intereses de los intervinientes.

En nuestro Código Civil, los artículos paradigmáticos en los que se reflejan

estos dos elementos son el 1.088, en el que se contempla el deber jurídico del deudor de satisfacer una determinada prestación a favor del acreedor: «el objeto de la obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa», y el 1.911, en el que se establece la responsabilidad patrimonial del deudor: «Del cumplimiento de sus obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros».

En puridad, cualquier objeto de la obligación podría reducirse a dar o hacer, dado que en este último vocablo cabría incluir el no hacer, *non facere*, y el garantizar o responder, *praestare*. La obligación de dar, que se configura como el tipo paradigmático de obligación, implica traspaso posesorio y transmisión de derechos sobre una cosa. La obligación de hacer puede tener un contenido muy diverso, así realizar un servicio o custodiar una cosa ajena. La obligación de no hacer supone un comportamiento negativo para el deudor; así cuando el art. 1.051 CC establece que el testador podrá prohibir expresamente la división de la herencia a los herederos.

Las definiciones de obligación contenidas en los Códigos europeos, entre ellos el español, de inspiración romanista en su mayoría, son tributarias, en buena medida, de dos definiciones formuladas en las fuentes romanas, que han servido de modelo a las construcciones doctrinales, a pesar del distinto contexto socio-económico propio de las diferentes épocas. El primero de los textos romanos mencionados se contiene en el libro II de las Instituciones de Paulo y es recogido en D. 44.7.3. pr. En la definición de Paulo se describe de forma precisa el contenido de la obligación: «La esencia de las obligaciones consiste en constreñir a otro a que nos dé, nos haga, nos garantice o nos indemnice», *dare*, *facere*, *praestare*; es decir, se procede a individualizar el deber de cooperación del deudor. Del término latino *praestare* deriva la utilización del vocablo prestación en la doctrina civilística como sinónimo del objeto de la obligación del deudor.

La segunda definición de obligación se formula en el texto de las Instituciones justinianeas, 3.13. pr.: «La obligación es un vínculo jurídico, *obligatio est iuris vinculum*, por el que somos constreñidos a realizar alguna prestación, según las leyes de nuestra ciudad».

Se trata con ello de: a) Resaltar la idea de ligamen o atadura existente entre los sujetos activo y pasivo de la relación obligatoria, y la existencia del vínculo jurídico que lleva aparejada la exigibilidad de la deuda contraída por el deudor o de la conducta prevista, mediante acciones ejercitadas en un proceso, y de b) Subrayar que la existencia del vínculo y la exigibilidad de la prestación acordada están previstas en las leyes vigentes de la ciudad o comunidad política.

En el art. 1.088 CC, con base en el texto de Paulo, se alude solo al contenido de la obligación, pero no se procede a definirla, ni se hace referencia a la nota que constituye otro de sus rasgos característicos que es la exigibilidad, aludida en las definiciones romanas mediante las expresiones «somos constreñidos, *quo necessitate adstringimur*», en el texto de Paulo, y «vínculo jurídico, *vinculum iuri*»», en las Instituciones justinianeas, lo que se explica en atención al hecho de que el Código asume el concepto de obligación que, desde su formulación en las fuentes romanas, se encuentra arraigado en la tradición jurídica europea.

El Código Civil no hace referencia expresa a las obligaciones naturales, que

si bien no generan una acción civil que las hace judicialmente exigibles, producen singulares efectos jurídicos. Se considera, con carácter general, que pueden encuadrarse dentro de esta categoría: las deudas nacidas de juegos de suerte, envite o azar, conforme al art. 1.798, los intereses no pactados de forma expresa en los préstamos, conforme al art. 1.756, y la deuda prescrita, conforme al art. 1.930.

Los textos contenidos en las fuentes romanas constituyen la base sobre la que se asientan las construcciones teóricas realizadas, entre otros autores, por Grocio, Domat, Pothier y Savigny, así como la principal fuente de inspiración que se ha dado en denominar «Teoría general de las obligaciones», contenida en los Códigos francés, alemán y español.

Se ha producido, no obstante, desde el siglo XIX, como dice Díez-Picazo, una profunda evolución en el campo de las obligaciones, empujada sobre todo por circunstancias de tipo económico derivadas del tránsito de la economía agraria a la economía industrial y urbana, y últimamente de tipo tecnológico, lo que ha originado cambios sustanciales en el esquema originario de la *obligatio*, que ya no será concebida, de forma exclusiva, como un vínculo entre personas, sino como un instrumento de obtención de fines económicos, lo que supone una clara patrimonialización y comercialización de la obligación, al propio tiempo que una estandarización de la materia contractual, lo que provoca la necesidad de construir una nueva teoría general o quizás de reformular la actual, con la finalidad de adecuarla a la nueva realidad fáctica.

BIBLIOGRAFÍA

DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Las relaciones obligatorias*, 6.ª ed., Madrid: Thomson Civitas, 2008.

— «El Derecho de obligaciones en la codificación civil española», en *Estudios Centenario del Código Civil, I*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1990.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.: *Derecho Privado Romano*. 10.ª ed. Madrid: Iustel, 2017.

HERNÁNDEZ-GIL, A.: *Derecho de obligaciones*. Madrid: Sucs. de Rivadeneyra, 1972.

Antonio FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ
Académico de Número de la
Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España
Catedrático de Derecho Romano
Universidad Autónoma de Madrid

VER TAMBIÉN: ABUSO DE DERECHO / BUENA FE / CODIFICACIÓN / CÓDIGO CIVIL / CONTRATOS / DERECHO CIVIL / DERECHO ROMANO / INTERPRETACIÓN JURÍDICA / NEGOCIO JURÍDICO / REGISTROS JURÍDICOS

OLVIDO (DERECHO AL)

Internet es probablemente el instrumento más potente que la humanidad ha tenido para ejercer las libertades de expresión e información. Sin embargo, y junto con otras tecnologías digitales, la Red es también el medio de mayor lesividad potencial para nuestra privacidad. El llamado derecho al olvido es sin duda el «epicentro digital» del siempre difícil equilibrio entre expresión e información y privacidad.

El derecho al olvido –que, como nuestro Tribunal Constitucional ha declarado, es ya por sí mismo un derecho fundamental (STC 58/2018, de 4 de junio)–, abre a personas físicas un procedimiento para instar de buscadores en línea la retirada de resultados obtenidos tras búsquedas efectuadas a partir del propio nombre.

Este derecho tiene su origen en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de mayo de 2014, caso C-131/12, *Google Spain, S. L. y Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos y Mario Costeja González*, que la hizo posible aun cuando el nombre o la información, contenidos en webs de terceros, no se borren previa o simultáneamente de esos sitios web, y aunque la publicación en dichos sitios sea en sí misma lícita. Así configurado, este derecho había de prevalecer, no solo sobre el interés económico del buscador, sino incluso sobre el interés público en acceder a la información, salvo que el interesado tenga relevancia pública, en cuyo caso prevalecerán las libertades de expresión e información. Además, y como el llamado Grupo de trabajo del artículo 29 expresó en su dictamen subsiguiente a la sentencia (225/2014, 26 de noviembre de 2014, punto 4), este derecho no implica que la información se elimine de la fuente original, de manera que la misma continuará siendo accesible mediante el empleo de otros términos de búsqueda o accediendo directamente a ella.

Dos son los motivos principales que indujeron al TJUE a alcanzar estas conclusiones: uno, las enormes posibilidades que internet ofrece para el trazado de perfiles personales, a su vez altamente intrusivos para la privacidad. Otra, el factor tiempo, que generaría esa misma consecuencia si los resultados se mantuvieran en los índices del buscador cuando los datos ya no sean necesarios en relación con los fines para los que se recogieron o trataron, siendo este el caso, en particular, cuando son inadecuados, no pertinentes o ya no pertinentes o son excesivos en relación con esos fines y el tiempo transcurrido.

Esta configuración jurisprudencial del TJUE saltó al Reglamento general de Protección de Datos de la UE (RGPD), que la acoge en lo esencial en su art. 17; dicho sea de paso, con una técnica legislativa altamente enrevesada. Mucho más acertada resulta en cambio la redacción sobre el derecho al olvido de la Ley Orgánica española 3/2018, de 5 de diciembre, cuyo art. 93 lo establece como unos de los derechos digitales allí reconocidos, en cuanto reproduce en su práctica literalidad los términos y argumentos de la citada sentencia del TJUE y del Grupo de trabajo del artículo 29.

Además, en lo que constituye una muy relevante especificidad española, el art. 94 de la Ley Orgánica 3/2018 crea homólogo derecho, y en prácticamente

idénticas condiciones a las establecidas para buscadores en línea, respecto de datos personales obrantes en redes sociales (y servicios equivalentes); un derecho respecto del que basta la simple solicitud del interesado, sin necesidad de que concurra ninguno de los requisitos anteriormente citados, en el supuesto de que los datos se hubiesen subido a la red social durante la minoría de edad de aquel.

Dada la naturaleza de este nuevo derecho, es lógico que su interpretación jurisprudencial haya basculado fundamentalmente en torno a su delimitación frente a las libertades de expresión e información. Así ha ocurrido en España, donde llama la atención el vaivén entre la sentencia de 15 de octubre de 2015 (caso *Hemeroteca El País*) y la ya citada en amparo sobre el mismo asunto del Tribunal Constitucional (STC 58/2018). La primera validaba el olvido respecto de buscadores generalistas tipo Google, aunque no a propósito del más específico de una hemeroteca digital de un medio de comunicación, sobre la base de que ninguna persona puede aspirar a gozar de «un pasado a medida», ni tampoco a confeccionar «un currículo a su gusto», todo lo cual conllevaría para el Tribunal Supremo «una censura retrospectiva». En la segunda, el Tribunal Constitucional rectifica al Supremo, al extender el olvido también al buscador interno de dicha hemeroteca, sobre la base de que los allí interesados, que habían sido condenados por delitos de tráfico de drogas, no eran personajes públicos, mientras que los hechos habían sucedido mucho tiempo atrás, concretamente en los años ochenta. No importó a este último Tribunal el que, como él mismo establece en la sentencia, una hemeroteca no solo cumple una función de información, sino también cultural y de investigación, con vistas a la Historia de los pueblos.

Junto al citado, el otro gran polo de atención jurisprudencial sobre el derecho al olvido ha sido el de su alcance territorial, y más en concreto, el de si los buscadores en línea deben ofrecerlo en cualquiera de las extensiones con las que operen (genéricas como .com, etc. y de países ajenos a la Unión Europea), o si deben limitarlo a las de la Unión Europea. El problema nació en los tribunales de instancia franceses, que se inclinaban por la primera opción (como el Grupo de trabajo del artículo 29, en el punto 7 de su dictamen 225/2014). Aun cuando las dudas terminaron llegando al TJUE, que en su sentencia de 24 de septiembre de 2019, caso C-517/17, *Google c. CNIL,* fallaba en favor de la restricción del olvido a las extensiones de la Unión Europea (de todos y cada uno de sus Estados miembros, añadía), sin perjuicio, eso sí, de las matizaciones que más abajo efectuamos. El TJUE se basó en la necesidad de respetar la soberanía de los demás países; en que, como todo derecho, también el olvido tiene sus límites, en particular las libertades de expresión e información; y, combinando ambos argumentos, en que las ponderaciones entre derechos fluctúan entre los distintos países, que optan por primar uno u otro en función de sus valores. No obstante, el TJUE resta gran parte de contundencia a su sentencia al abrir la opción de que, si bien no a escala europea, desde luego en el ámbito nacional, sus jueces o autoridades administrativas sí que puedan acordar la vigencia del olvido en todas las extensiones con las que el buscador opere, sean europeas o no.

Una vez asentado en normas legales, y como en general sucede a propósito del RGPD, la proyección real de este nuevo derecho estará decisivamente determinada por su configuración jurisprudencial, muy en especial, naturalmente, en

lo que se refiere a su delimitación frente a las libertades de expresión e información. Y si algo se desprende de las interpretaciones aquí expuestas es su inclinación en favor del olvido, en detrimento de esas otras dos libertades, con la muy importante excepción de la sentencia del Tribunal Supremo en el caso *Hemeroteca El País*. Esto genera un riesgo de abuso, en supuestos en que el interés público en acceder a la información no esté del todo claro (como en este último caso), y en especial si tampoco lo está la relevancia pública del interesado; o cuando no sea fácil dilucidar si el tiempo transcurrido desde ciertos hechos es o no suficiente para que se deban olvidar. Un riesgo que puede a su vez derivar en los peores daños que la libre expresión e información pueden llegar a sufrir: *censura y tergiversación* de la Historia.

En tanto que afirmar, como, con cierto relativismo, hace el TJUE en el caso *Google c. CNIL*, que la normativa europea sobre protección de datos ni ordena ni prohíbe la extensión universal del derecho al olvido, propiciando que así suceda a escala de los Estados miembros de la UE, equivale en la práctica a consagrar la extraterritorialidad de las normas europeas en esta materia. En otras palabras, a restar autoridad a la UE cuando otros países, algunos extraordinariamente poderosos, pretendieran imponernos valores o principios que sencillamente no podamos compartir.

BIBLIOGRAFÍA

Álvarez Caro, M.: *Derecho al olvido en internet: el nuevo paradigma de la privacidad en la era digital*. Madrid: Reus, 2015.

Aparicio Salom, J.: «Derechos del interesado», en J. L. Calvo, coord., *El nuevo marco regulatorio derivado del Reglamento europeo de Protección de Datos*. Barcelona: Bosch-Wolters Kluwer, 2018.

Di Pizzo Chiacchio, A.: *La expansión del derecho al olvido digital. Efectos de «Google Spain» y el big data e implicaciones del nuevo Reglamento europeo de Protección de Datos*. Barcelona: Atelier, 2018.

García Mexía, P.: *La internet abierta*. Madrid: RDU, 2017.

Piñar Mañas, J. L.: «El derecho al olvido y las hemerotecas digitales», en *Abogacía española*, https://www.abogacia.es/2018/07/23/el-derecho-al-olvido-y-las-hemerotecas-digitales/

Pablo García Mexía
Ph. D. Jurista digital
Letrado de las Cortes Generales

VER TAMBIÉN: AGENDA DIGITAL / BIG DATA / CIBERTERRORISMO / DATOS PERSONALES / DEMOCRACIA MEDIÁTICA / INFORMÁTICA JURÍDICA / LIBERTAD DE EXPRESIÓN / TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA /

ORDENAMIENTO JURÍDICO

La expresión *ordenamiento jurídico* tiene exactamente un siglo de antigüedad, pues fue en 1917 cuando Santi Romano publicó con ese preciso título uno de los libros que más ha influido en el pensamiento jurídico europeo y, por supuesto, en el nuestro.

Se incorporó a nuestro Derecho con la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de diciembre de 1956, cuyo art. 70.2 refirió genéricamente a él el ilícito administrativo («cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder»), por entender que referirlo simplemente a la ley «equivale a incurrir en un positivismo superado y olvidar que lo jurídico no se encierra y circunscribe a las disposiciones escritas, sino que se extiende a los principios y a la normatividad inmanente en la naturaleza de las instituciones».

Estas palabras de la Exposición de motivos de la Ley citada expresan muy bien la esencia del concepto. Un ordenamiento jurídico no es simplemente un conjunto de normas escritas; es algo distinto y algo más también, mucho más que eso porque hace referencia a una organización social, a una comunidad formada por una pluralidad de sujetos que comparten unos mismos valores y persiguen unos fines también comunes para cuya consecución interactúan en el seno de la misma de acuerdo con unos ciertos principios y generan, en la medida en que lo necesitan, las normas que consideran precisas para asegurar el buen funcionamiento de la organización y de sus relaciones en el seno de la misma.

Destacarlo así ayuda a comprender mejor muchas cosas que de otro modo no se perciben con la misma claridad. Por lo pronto, y en primer término, que el Derecho no es algo que se nos imponga desde fuera por una autoridad irresistible, sino algo que surge de la propia realidad social de la que no solo formamos parte, sino que somos también protagonistas.

Que forma un sistema unitario y total; unitario, porque responde a unos principios, expresos o implícitos, que preservan su unidad; total, porque su función es regular la vida del conjunto social, porque forma un todo en el que no caben vacíos, ya que el sistema es capaz de generar directa o indirectamente las respuestas necesarias en cualquier situación que pueda plantearse en el seno de la organización, aunque no exista norma alguna que contemple específicamente esa situación.

Que, como la propia vida de los sujetos que integran la comunidad de la que en cada caso se trate, el Derecho es una realidad dinámica, que, por lo tanto, está expuesta a cambios, que unas veces pueden afectar simplemente a determinadas normas del sistema que, a resultas de esos cambios, quedan «descolgadas», desprendidas de él, aunque el ordenamiento como tal no varíe, y otras pueden alcanzar a los principios en cuyo caso el ordenamiento cambiará, aunque las normas que lo integran no hayan experimentado modificación alguna.

Y, en fin, que no se compone solo de normas escritas, como subraya muy expresivamente la fórmula «Ley y Derecho» del art. 19 de la *Grundgesetz*, que recoge también el art. 103.1 de nuestra propia Norma Fundamental, con la que «España

se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su *ordenamiento jurídico* la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político» (art. 1.1).

De lo hasta aquí dicho se desprende que hay muchas clases de ordenamientos jurídicos, tantos como organizaciones sociales. *Ubi societas ibi ius*. Algunos son difusos, como el ordenamiento estatal o el municipal, porque la integración en ellos no necesita ningún acto formal de incorporación; otros, en cambio, sí exigen un acto de este tipo, como es el caso de la incorporación a una asociación o a un club privado.

Hay también ordenamientos jurídicos territoriales y otros, en cambio, para los que el territorio no es un elemento constitutivo. El ordenamiento jurídico deportivo, que despliega sus efectos en todo el mundo, no es, sin embargo, un ordenamiento territorial en sentido propio, ya que se aplica a los deportistas, estén donde estén, que participan en las competiciones que organizan las entidades que lo integran.

Más importante es la distinción entre ordenamientos originarios y derivados. Los primeros son aquellos cuya eficacia se funda exclusivamente sobre la propia fuerza del ordenamiento mismo, no sobre la de otros ordenamientos. Originario no quiere decir, sin embargo, soberano, calificativo que solo puede predicarse de las organizaciones que pueden imponer coactivamente a sus miembros la observancia de sus propias normas y establecer la relevancia que para sí mismo puedan tener otros ordenamientos. Soberano en este sentido es solo el ordenamiento estatal, excepción hecha, claro está, de aquellos Estados que se han integrado en alguna organización supranacional a la que han cedido expresamente una parte de su inicial soberanía, organización a la que estas cesiones convierten en ordenamiento dominante.

Todo ordenamiento jurídico cuenta con una pluralidad de fuentes, cuya definición es su función primaria. El art. 1 de nuestro Código Civil, en su redacción de 17 de marzo de 1973, es muy expresivo en este sentido porque comienza, justamente, enunciándolas y asignando a cada una la función específica que le corresponde: «Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho»; «la costumbre solo regirá en defecto de ley aplicable»; «los principios generales del Derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico», etc.

El cuadro de las fuentes del Derecho se hace particularmente complejo en el caso de los Estados compuestos, como lo es hoy el nuestro, en el que conviven varios ordenamientos jurídicos territoriales en la medida en que el poder político y administrativo ha sido objeto de una profunda descentralización. La Constitución, en la cúspide del ordenamiento general, organiza las relaciones de esos ordenamientos entre sí y de cada uno de ellos con el ordenamiento del Estado como totalidad con la ayuda del Tribunal Constitucional, al que la Norma Fundamental apodera para dirimir los conflictos, nada infrecuentes, que pueden plantearse.

Este tema de las relaciones interordinamentales es, sin duda, crucial porque las situaciones que pueden darse son muy variadas y en algunos casos pueden llegar a ser extremadamente complejas. Si la relación se produce entre dos ordenamientos soberanos, la res-

puesta en el plano teórico es muy simple, ya que la única vía posible para prevenir conflictos futuros o resolver los presentes es, lógicamente, el pacto. Esa es la razón de ser de los tratados en el escenario internacional y esa la función que históricamente han cumplido los concordatos para regular las relaciones entre la Iglesia católica y los diferentes Estados. Tampoco es problemática la solución cuando hay un ordenamiento que por su condición de soberano ocupa una posición dominante con respecto a los demás ordenamientos menores de su órbita, ya que el ordenamiento dominante está en condiciones de delimitar el espacio que deja al libre despliegue de esos ordenamientos menores y decidir, por lo tanto, a qué aspectos o determinaciones de estos concede relevancia.

La cuestión se complica cuando se enfrentan dos ordenamientos originarios que disponen por serlo de fuerza bastante para asegurar la eficacia de sus propias decisiones. Este es el caso de la eventual colisión entre el ordenamiento jurídico de los Estados y el ordenamiento jurídico deportivo, que no era nada realmente cuando Romano escribió su libro, pero que tiene hoy una dimensión y una importancia excepcionales, dado el relevante papel que el deporte ha adquirido en la sociedad en que vivimos. En principio, podría pensarse que el Estado, en razón de su soberanía, podría ignorar pura y simplemente el ordenamiento deportivo o, incluso, intentar someterle a su propia disciplina, pero, de hacerlo, se encontraría con la reacción de las autoridades superiores de este último (Comité Olímpico Internacional y Federaciones Internacionales de los distintos deportes), que podrían llegar a excluir a los deportistas y a las organizaciones deportivas de ese Estado, del Movimiento Olímpico, lo que les privaría de la posibilidad misma de participar en cualquier competición internacional. Ningún Gobierno se atrevería a arrostrar las consecuencias de una exclusión de ese tipo, como tampoco ningún Príncipe medieval se atrevía a desafiar al Sumo Pontífice por miedo a ser excomulgado, lo que pondría en riesgo no solo su alma, sino también su propio poder temporal. Tampoco es fácil imaginar que esa expulsión, con la que la FIFA (Federación internacional de Fútbol Asociación) amaga con frecuencia cuando se produce un conflicto con las autoridades estatales de un país, llegue a materializarse, al menos en contra de aquellos países que tienen un peso específico importante en el deporte del que en cada caso se trate.

En realidad, los dos ordenamientos, el deportivo y el estatal, se necesitan en una u otra medida. No pueden desconocerse el uno al otro, lo que les obliga a medir con sumo cuidado hasta dónde pueden llegar en sus mutuas aproximaciones dentro de esa zona intermedia, que no es exclusiva de ninguno de ellos, sino común a ambos. Esa recíproca cautela hace que sus relaciones tiendan a equilibrarse automáticamente, a evitar los conflictos y a buscar una salida concertada cuando lleguen a producirse. La célebre sentencia Bosman del Tribunal Europeo de Justicia de 15 de febrero de 1995 es la excepción que confirma la regla.

BIBLIOGRAFÍA

Martín-Retortillo, L.: *La interconexión de los ordenamientos jurídicos.* Madrid: Civitas, 2014.

Romano, S.: *El ordenamiento jurídico*, trad. de S. y L. Martín-Retortillo y Estudio preliminar del primero de ellos. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1963. (Nueva edición con nota bio-bibliográfica de S. Romano y proemio y epílogo de L. Martín-Retortillo). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2013.

Tomás-Ramón Fernández
Académico de Número de la
Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España
Catedrático de Derecho Administrativo

VER TAMBIÉN: CODIFICACIÓN / *COMMON LAW* / CONSTITUCIÓN / CONSTITUCIÓN NORMATIVA / DIÁLOGO DE TRIBUNALES / ESTADO DE DERECHO / LEGALIDAD (Principio de) / PRINCIPIOS Y VALORES CONSTITUCIONALES / SEGURIDAD JURÍDICA / TRATADOS INTERNACIONALES / UNIÓN EUROPEA

ORGANISMOS REGULADORES Y ADMINISTRACIONES INDEPENDIENTES

Las Administraciones Independientes son entidades administrativas que actúan con independencia del Poder Ejecutivo y que tienen como objetivo bien regular legalmente, bien vigilar el cumplimiento de la legalidad, o ambas funciones, en determinadas actividades o en el ejercicio de ciertos derechos. Su origen se remonta a la *Federal Trade Commission* estadounidense de 1914, cuyo objetivo era evitar una excesiva concentración del poder económico y las prácticas restrictivas de la competencia y, desde entonces, se han generalizado en todos los países desarrollados, recibiendo un fuerte impulso al amparo de los procesos de liberalización de las décadas de los años 70 y 80 del siglo XX.

En general, cabe distinguir dos tipos de Administraciones Independientes. El objetivo de las primeras es salvaguardar derechos que el poder político o el económico pueden tratar de conculcar en su propio beneficio, por lo que se considera necesario neutralizar políticamente determinadas funciones, como es el caso de las Juntas Electorales o de la Agencias de Protección de Datos, entre otros.

El segundo tipo de Administraciones Independientes se sitúa en el área de la economía. La supervisión del cumplimiento de la regulación no es una función política y la consiguiente acción sancionadora en caso de incumplimiento tampoco lo es: son funciones jurídicas y técnicas. Por ello en sectores con fuerte regulación (financiero, industrias de red) los Gobiernos y los Parlamentos tienen unos conocimientos limitados y pueden tener intereses partidistas en la acción supervisora, lo que ha conducido a que la misma se delegue en Administraciones Independientes.

La enumeración de las actividades sometidas a supervisión independiente con carácter generalizado da pistas sobre los motivos de la misma. Se trata de actividades que, o bien constituyen el núcleo de la política macroeconómica de estabilidad (políticas monetaria y fiscal) o bien proporcionan bienes y servicios de uso generalizado que proceden originalmente de un monopolio normalmente público (energía, telecomunicaciones) o fiscalizan el gasto público o protegen objetivos considerados bienes públicos (competencia, sufragio, información, medio ambiente, seguridad nuclear).

La razón fundamental que justifica la existencia de Administraciones Independientes es la conveniencia de desligar ciertas funciones públicas del ciclo político electoral y asegurar que los intereses políticos partidarios de los Gobiernos no las afecten, así como evitar el conflicto de interés entre un Gobierno que regula la actividad económica y que, simultáneamente, supervisa el cumplimiento de dicha regulación por los agentes.

En la medida en que se trata de organizaciones que supervisan el cumplimiento de la regulación, es decir, el cumplimiento de cierto tipo de leyes, y que disponen de poder sancionador, la primera duda que surge es sobre su necesidad, ya que esta función la cumple en los sistemas democráticos el Poder Judicial, aunque dado que existe una completa tutela judicial sobre la actividad sancionadora de las Administraciones

Independientes, no se plantea problema alguno de indefensión ante sus decisiones. Y la tutela judicial tiene las limitaciones derivadas de su carácter exclusivamente jurídico, no de eficacia, y de su discontinuidad temporal.

La justificación económica de la existencia de Administraciones Independientes descansa en dos tipos de argumentos. En primer lugar, que existen decisiones técnico-económicas que resulta conveniente desligar del ciclo político y la actividad partidista. En segundo lugar, la existencia de ciertos bienes públicos (como pueden ser la estabilidad financiera o el suministro de energía) que el Poder Ejecutivo y los partidos no son capaces de administrar correctamente, bien por la existencia de conflictos de interés, bien porque requieren planteamientos estables a largo plazo que los ciclos electorales pueden alterar.

Por otra parte, existe un problema de inconsistencia temporal en las decisiones regulatorias y su control por parte de los Gobiernos, es decir, de situaciones en las que las decisiones a corto y largo plazo no son compatibles. Los Gobiernos son reacios a imponer sacrificios a corto plazo, aunque ello traiga consigo beneficios a largo plazo para la sociedad, porque pueden acarrear costes electorales. En general, esta inconsistencia se produce en todos los casos en los que las decisiones afectan a electores futuros que no votan en las elecciones porque implican redistribuciones de renta y riqueza de jóvenes y generaciones venideras (no votantes), a los pensionistas actuales (el grupo social con mayor poder de voto actual) o un empeoramiento de las condiciones de vida de generaciones futuras (no votantes) para lograr hoy tasas de crecimiento insostenibles (que benefician a los votantes actuales) como ocurre, por ejemplo, con la política medioambiental. En estos casos, parece justificado tratar de eliminar estos sesgos, sustrayendo ciertas decisiones al ciclo político.

La independencia de estos organismos tiene muchas facetas. La primera, la independencia personal de los ejecutivos máximos de estos organismos, que exige un procedimiento de elección que favorezca el principio de mérito en su designación, para lo que sería muy conveniente que existiera algún filtro previo que podría tomar la forma de que un comité de expertos hiciera una valoración pública de los candidatos, propuestos no solo por los partidos políticos, aunque la decisión final la tomara el Parlamento. Pero la independencia personal exige otros requisitos: una permanencia en el cargo que supere el ciclo electoral, la imposibilidad de cese gubernamental discrecional y que se evite la captura por parte de los agentes supervisados, así como la prohibición de un segundo mandato. La segunda es la independencia funcional, es decir, que las decisiones del organismo no tengan que ser refrendadas por el Gobierno y que, incluso, aquel pueda impugnar ante la justicia actos de otras Administraciones Públicas cuando considere que atentan contra su independencia o son contrarios a los principios reguladores aceptados. En tercer lugar, la independencia organizativa, la competencia para establecer su propio reglamento interno, sus procedimientos, la plantilla, las retribuciones y los métodos de selección de personal cumpliendo los principios de mérito, transparencia y no discriminación. Por último, la independencia presupuestaria, sin la cual las anteriores quedan vacías de contenido, lo que no debería ser difícil ya que las autoridades independientes cobran tarifas por los servicios prestados a los supervisados.

Una Administración Independiente que cumpla todos los requisitos de independencia es una institución muy poderosa y con riesgos de ejercer su poder de forma inadecuada, por lo que resulta imprescindible disponer de mecanismos que eviten sesgos, arbitrariedades y favoritismos en su actuación. La independencia no puede significar una merma de la responsabilidad.

Aparte de una responsabilidad genérica, como la de todos los ciudadanos y organizaciones, ante los tribunales ordinarios de justicia y la de los tribunales de cuentas o equivalentes (pero no ante la Intervención General del Estado), las Administraciones Independientes deben rendir cuentas al Parlamento (pero no al Gobierno) siempre que este lo considere oportuno y, como mínimo, en la presentación del informe anual de actividades, y también deberían explicar y justificar sus presupuestos plurianuales y anuales en sesiones públicas.

Pero, además de estos controles, las Administraciones Independientes deben ser objeto de evaluación externa permanente. Si existe una agencia de evaluación de la calidad de los servicios públicos independiente este tipo de organismos deberían estar sometidos a su escrutinio periódico frecuente y, en todo caso, deberían ser objeto de auditorías externas tanto de cuentas como de eficacia. Por ejemplo, en el campo financiero, el Fondo Monetario Internacional en su *Financial Sector Assessment Program* (FSAP) realiza desde 1999 una exigente evaluación sexenal de la eficacia de los supervisores financieros nacionales. Cabe esperar que las nuevas autoridades supervisoras comunitarias realicen antes o después un ejercicio similar, pero en todo caso siempre cabe la posibilidad de exigir evaluaciones de empresas auditoras a comisiones de expertos prestigiosos, nacionales y extranjeros, o *peer reviews* con las debidas garantías.

Además, a las Administraciones Independientes debe exigírseles un *plus* especial de transparencia que es otra forma de someterse a escrutinio público y, por tanto, a una valoración de su eficacia.

Una parte de la transparencia se implementa mediante documentos públicos y todas las Administraciones Independientes deberían redactar un Plan de Actividades anual, presentado públicamente y sometido a diversos filtros previos. Una obligación a la que deberían someterse, y no es una práctica generalizada, es la publicación anual de un Plan de Actividades y su presentación en sede parlamentaria. Dicho Plan es un instrumento muy potente para evaluar la eficacia del supervisor a través del análisis de su grado de cumplimiento, ya que el Plan de cada año debe incluir un análisis de los objetivos no alcanzados del Plan anterior y los motivos por los que no se han logrado. Por último, el Plan de Actividades es un instrumento muy útil de disciplina interna y exige para su redacción una reflexión estratégica conjunta de todos los departamentos de la organización.

Las agendas de los máximos responsables de las Administraciones Independientes deberían ser públicas, así como las actas de las reuniones con el sector, y también, pasado cierto tiempo, las actas de los órganos colegiados de decisión y de los comités asesores cuando existan. Los procedimientos deben ser de conocimiento público, los actos y resoluciones razonadas y públicas.

De todo lo expuesto se infiere que el diseño institucional de las Administraciones Independientes es un tema crucial y plagado de dificultades. La principal,

que la propia Administración Pública y los Gobiernos, con frecuencia, no están convencidos de la necesidad de su existencia por considerar que les hurtan competencias y que ellos serían más eficaces –y poderosos– en el desarrollo de sus funciones, pese a la abundante evidencia en contra acumulada. Un problema más acusado en países con un corto recorrido democrático y con funcionarios cualificados con alta especialización que, con frecuencia, operan como grupos de presión en defensa de sus intereses de grupo.

BIBLIOGRAFÍA

Kovacic, N. E.: «Competition Agencies, Independence and the political process», en Drezl, J., Kerber, W., Podszum, R.: *Competition Policy and the Economic Approach-Foundations*. Cheltenham: Edward Elgar, 2011.

Maggetti, M.: «Legitimacy and Accountability in Independent Regulatory Agencies: A Critical Review». Zurich: Center for Comparative International Studies, 2010.

VV. AA.: «Being an Independent Regulator: The Governance of Regulators». Paris: OECD, 2016. http://dx.doi.org/10.1787/9789264255401-en

Julio Segura Sánchez
Académico de Número de la
Real Academia de Ciencias Morales y Políticas
Catedrático de Análisis Económico

ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

Descritas de manera muy simple, las Administraciones son estructuras operativas complejas, en las que personas diversas actúan cooperativamente, desempeñando cada una las funciones que respectivamente les asignan las normas jurídicas.

A) Dichas funciones están atribuidas por las normas no a personas concretas –nominativamente identificadas–, sino a entidades abstractas e ideales de muy diversa denominación, que provisionalmente podemos denominar «órganos» (p. ej., un ministro, un alcalde). Como es obvio, en cada momento, estos órganos se encuentran ocupados o desempeñados por una persona (o, en ocasiones, por un colectivo de personas), que son las habilitadas para el desarrollo de las funciones propias del órgano.
   Cada Administración se integra por una pluralidad de órganos; y el conjunto de ellos, así como el sistema de relaciones entre los mismos, es lo que se conoce con el nombre de organización administrativa.
B) Es importante tener en cuenta, no obstante, que no todas las personas que trabajan para una Administración ocupan o desempeñan órganos. En la actualidad, y de acuerdo con nuestro Derecho positivo, solo tienen la consideración jurídica de órganos «las unidades administrativas a las que se les atribuyan funciones que tengan efectos jurídicos frente a terceros, o cuya actuación tenga carácter preceptivo». Por ello, son órganos, exclusivamente, los creados y definidos por normas jurídicas. Sus titulares son, por lo general, de libre designación por el respectivo Gobierno; aunque, para tipos específicos de órganos, la ley exige cualificaciones específicas para quienes hayan de ser nombrados.
   El resto de personas que trabaja en una Administración –y que dependen de los titulares de los órganos respectivos– se encuadra en puestos de trabajo (o unidades administrativas *tout court*), que se definen en las llamadas relaciones de puestos de trabajo (RPT); dichas relaciones, por lo general, no definen las funciones de cada puesto de trabajo, sino los perfiles profesionales de las personas que deben ocupar cada uno de ellos. Estas personas pueden estar relacionadas con su Administración bien en condición de funcionario, de personal laboral (vinculado mediante un contrato de trabajo), o ser designadas libremente, por razones de confianza política.

Los órganos que integran cada Administración son de rasgos muy dispares, pudiendo clasificarse en función de criterios diversos.

A) Por razón del diferente ámbito físico de sus competencias, suele distinguirse entre órganos centrales (cuya competencia se extiende a la totalidad del territorio de la Administración respectiva: p. ej., un alcalde) y órganos territoriales o periféricos (de competencia limitada a una parte de dicho territorio: p. ej., el delegado del Gobierno en una Comunidad Autónoma).
B) Por razón de su composición, cabe distinguir entre órganos unipersonales y colegiados. Son unipersonales aquellos cuyo titular es una única persona física (p. ej., un director general); colegiados, aquellos cuya titu-

laridad corresponde a un conjunto de personas físicas ordenadas horizontalmente, de manera que todas ellas concurren, de modo colectivo, a formar la voluntad u opinión del órgano (p. ej., el Ayuntamiento en pleno), adoptando sus acuerdos de conformidad al principio mayoritario.

C) La clasificación de los órganos por razón de sus funciones es la más profusa, dada la multiplicidad de tareas que debe realizar cada Administración. Simplificadamente, sin embargo, se los distingue según que sus funciones exclusivas o predominantes consistan en la emisión de declaraciones de voluntad (órganos activos: p. ej., un ministro), declaraciones de juicio (órganos consultivos: p. ej., el Consejo de Estado) o de actos de fiscalización de la actividad de otros órganos (órganos de control: p. ej., la Intervención General).

En cuanto a la organización de las Administraciones españolas, como es notorio, posee una complejidad muy variable, dependiendo de las dimensiones de la Administración respectiva (no es parangonable, p. ej., la que posee la Administración General del Estado con la de un Ayuntamiento de 5.000 habitantes). Pero, formalmente, ofrece importantes similitudes según el escalón territorial al que la Administración pertenezca. De manera muy simplificada, esta organización puede describirse como sigue:

A) Las Administraciones territoriales superiores (la del Estado y la de cada una de las Comunidades Autónomas) poseen una estructura similar. Bajo la dependencia de cada Gobierno, su Administración se estructura en un conjunto de departamentos, al frente de cada uno de los cuales se halla un miembro del Gobierno (llamados, por ello, Ministerios en el Estado y Consejerías en las Comunidades Autónomas). Y, a su vez, cada uno de estos departamentos se estructura internamente, por razones de división del trabajo, en un amplio complejo de órganos, diseñados en forma piramidal: del ministro o consejero dependen una serie de órganos de diversa denominación (secretarios de Estado, subsecretarios, secretarios generales, directores generales, secretarios generales técnicos y subdirectores generales), clasificados en diversos niveles.
Obsérvese que, en el caso de las Comunidades Autónomas, la organización formal de todas ellas es idéntica, con independencia de sus dimensiones (Andalucía tiene la misma que La Rioja); aunque, obviamente, el número de órganos y de personal dependiente de los mismos es sumamente variable.

B) La estructura de las entidades locales es bastante diversa: su organización política superior consiste en un órgano colegiado, integrado por todos los electos (concejales, que forman el Ayuntamiento pleno; diputados provinciales, que forman la Diputación provincial); y de él se destaca funcionalmente un equipo de gobierno que dirige cada entidad y del que dependen sus servicios, pero cuyos miembros lo son, a la vez, del órgano colegiado electo (alcalde y un grupo de concejales de su confianza, en los Ayuntamientos; presidente y un grupo de diputados provinciales, en las Diputaciones).
A su vez, de cada uno de los miembros del equipo de gobierno depende un conjunto de servicios de la entidad local, en los que se encuadra su personal respectivo.

C) Las restantes entidades del sector público de cada Administración territorial poseen una estructura muy diversa, por lo mismo que la forma jurídica

de dichas entidades es también muy dispar; aunque, en líneas generales, cada una de ellas suele estar gobernada por un órgano colegiado (Consejo, Patronato), de composición representativa, y por uno o varios órganos unipersonales que desempeñan funciones ejecutivas y del que depende el resto de personal de cada entidad.

Las relaciones entre los órganos administrativos son, en términos jurídicos, de una extraordinaria complejidad. Expresado también sintéticamente:

A) Dada la estructura piramidal (aproximadamente) que posee cada organización, la relación es, por regla general, de jerarquía entre los órganos situados en cada uno de los niveles; de manera que cada uno de ellos ostenta poder de mando sobre todos los situados en los niveles inferiores (dicho vulgarmente, un secretario general manda sobre los directores generales de su área; el secretario de Estado manda sobre los secretarios generales –y sus directores generales–; y el ministro, sobre todos los mencionados).
B) Por lo mismo, la relación entre los órganos pertenecientes a un mismo nivel (los directores generales de un Ministerio) es de coordinación –tarea que compete a su superior jerárquico común– y de cooperación.
C) La actuación de cada órgano se basa en el principio de la exclusividad de la competencia: las funciones atribuidas a cada órgano han de ser necesariamente ejercidas por su titular, y no por ningún otro, aun de rango superior; en otro caso, su actuación es ilegal. Y dicha competencia es irrenunciable, aunque cabe el desplazamiento de su ejercicio mediante delegación (a órganos inferiores) o avocación (por órganos superiores), pero solo en los supuestos y con los requisitos que la legislación establece.

BIBLIOGRAFÍA

Carbonell Porras, E.: *Los órganos colegiados: Organización, funcionamiento, procedimiento y régimen jurídico*. Madrid: BOE, CEPC, 1999.

Font i Llovet, T.: «Órganos consultivos», en *Revista de Administración Pública*, 108 (1985).

Gallego Anabitarte, A., *et. al.*: *Conceptos y principios fundamentales del Derecho de organización*. Madrid: Marcial Pons, 2001.

Parejo Alfonso, L.: *Organización y poder de organización*. Madrid: Iustel, 2008.

Santamaría Pastor, J. A.: «La teoría del órgano en el Derecho Administrativo», *en Revista Española de Derecho Administrativo*, 40-41 (1984).

Juan Alfonso Santamaría Pastor
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad Complutense

VER TAMBIÉN: ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO / ADMINISTRACIÓN LOCAL / ADMINISTRACIONES PÚBLICAS / BUROCRACIA / CIENCIA DE LA ADMINISTRACIÓN / COMUNIDADES AUTÓNOMAS / DERECHO ADMINISTRATIVO / FUNCIÓN PÚBLICA / GOBIERNO / MINISTERIO / MUNICIPIO Y AYUNTAMIENTO / PROVINCIA Y DIPUTACIÓN / SECTOR PÚBLICO

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO

La expresión latina *si vis pacem, cole iustitiam*, cincelada en la piedra angular de una de las primeras sedes de la Organización Internacional del Trabajo, ilustra a la perfección el origen y la visión de los fundadores de este organismo internacional, que permanece como el único resultado imperecedero del Tratado de Versalles. La OIT nace bajo la creencia firme de que la promulgación de unos estándares laborales mínimos internacionales tendría la virtualidad de garantizar la reducción de las desigualdades, una mayor cohesión social y la paz, si bien con el tiempo ha podido verse que la misma ha resultado mucho más anhelada que real. Basta con abrir un diario para comprobar la existencia de conflictos y revueltas originadas por las altas tasas de desempleo juvenil; situaciones de cuasi esclavitud laboral, que solo ocasionalmente y de forma dramática salen a la luz; crisis migratorias que dejan terribles imágenes; y guerras comerciales motivadas, entre otras razones, por el *dumping* social. De ahí que cien años después de su nacimiento, el mismo tipo de aspiraciones que confluyeron en su génesis, el sentido humanitario de las condiciones de trabajo y la concepción universal de tales condiciones, sirven para explicar su permanencia. Solo que al insumo tradicional de la actividad de la OIT, como son las condiciones laborales, la libertad sindical y la negociación colectiva, se añaden en los últimos años nuevos problemas, como el desempleo, la migración de las personas y el impacto de la digitalización y la robotización sobre las relaciones laborales.

Integrada desde 1946 en la constelación de instituciones identificadas como del «sistema de las Naciones Unidas», la OIT se configura como una organización internacional diferenciada, con personalidad jurídica propia y que actúa conforme a un principio de especialización funcional. En relación con dicho sistema, se halla investida de una característica común al resto de organizaciones y de otra que la hace única. La primera es el universalismo, lo que significa que no se encuentra vinculada a un criterio de membresía selectiva o de participación restringida –por ejemplo, en función de una pauta geográfica o del nivel de riqueza–. Eso sí, no existe obligación de que los miembros de las Naciones Unidas lo sean de la OIT, por lo que el número de miembros de esta agencia especializada es algo inferior, 187 según el último recuento. La segunda característica se reconoce en el tripartismo, porque si bien la OIT es una organización interestatal, debido a que son los Estados quienes concurren a su creación, sus mandantes son representantes de gobiernos, empleadores y trabajadores. En concreto, cada Estado miembro tiene derecho a enviar cuatro delegados a la Conferencia Internacional del Trabajo: dos por el Gobierno, otro en representación de los trabajadores y otro de los empleadores, pudiendo cada uno de ellos intervenir y votar de manera independiente. Una participación de las organizaciones sindicales y empresariales junto a los gobiernos que es, probablemente, la clave de bóveda de la institución. Pues a pesar de la, en ocasiones, naturaleza conflictiva del tripartismo, la OIT ha devenido un foro singular en el cual los gobiernos y los interlocutores sociales pueden libre y abiertamente compartir y confrontar políticas y actuaciones nacionales, dotando además de un plus de legitimidad al resultado de su actividad reguladora.

Desde un punto de vista organizativo, la OIT se estructura alrededor de tres órganos

principalmente: la Conferencia Internacional del Trabajo y el Consejo de Administración, compuestos ambos por representantes de gobiernos, empleadores y trabajadores, y la Oficina Internacional del Trabajo. Las competencias de la Conferencia, que actúa en cierto modo como una asamblea legislativa, abarcan desde la admisión de nuevos miembros hasta la elección y renovación del Consejo, pasando por las dos más importantes, la confección y adopción de los instrumentos jurídicos de la OIT –convenios y recomendaciones– y el seguimiento del cumplimiento de dichos instrumentos. Por su parte, el Consejo es el órgano ejecutivo, que coordina las actividades de la OIT, determina el orden del día y prepara el contenido de la Conferencia. Y, finalmente, la Oficina, con sede en Ginebra, constituye el secretariado permanente de la OIT, además de asumir las funciones de órgano técnico-administrativo, de información, documentación, estudio e investigación de la organización.

Partiendo de esta composición y estructura, y aun cuando desarrolla también una destacable labor de asistencia técnica, la función más importante de la OIT sigue siendo la elaboración de normas internacionales sobre el trabajo y las cuestiones conexas –Seguridad Social, empleo, migraciones, etc.-. Pues, como se ha señalado, su creación responde a la sentida necesidad de establecer unas condiciones de trabajo dignas para la clase trabajadora con carácter universal. Una pretensión que no pasa, sin embargo, por la armonización de las legislaciones laborales, sino más propiamente por la fijación de un *estándar mínimo internacional en materia sociolaboral* que sea asumible por la mayoría de Estados. Razón por la cual, cuando se aprueban los instrumentos normativos de la OIT, en unos países pasan a ser un zócalo normativo sobre el que legislar, mientras que en otros ya se encuentran incorporados en su legislación interna. Sentado lo anterior, los dos principales instrumentos normativos de que se sirve la OIT son el convenio y la recomendación. Los convenios son tratados internacionales sujetos a ratificación y vinculantes para los Estados miembros que los ratifican, debiendo informar, en caso de no hacerlo, sobre las razones que lo impiden. En cambio, las recomendaciones no están abiertas a ratificación y la única obligación que generan es la de informar a la OIT sobre el estado de la legislación interna y el grado de observancia. Son, por tanto, textos sin eficacia jurídica vinculante y que más modestamente se dirigen a orientar la política legislativa y práctica de los gobiernos. La opción por uno u otro instrumento normativo depende de un criterio de oportunidad, esto es, si un asunto está más o menos maduro para generar obligaciones precisas. Dicho de otro modo, se tramita como recomendación cuando la regulación de una determinada cuestión no suma los apoyos suficientes para aprobar un convenio. En cualquier caso, gracias a esa actividad de la OIT, desde su nacimiento se han aprobado 396 normas internacionales, en concreto 190 convenios y 206 recomendaciones.

Debe significarse, sin embargo, que, a pesar de este excelso *corpus* normativo levantado a lo largo de décadas, parece que, a escala mundial, los problemas sociales solo de forma muy limitada se habrían visto modificados por la acción de esos estándares jurídicos sociolaborales. Por lo que se vuelve inevitable pensar que tal vez se ha depositado demasiada confianza en la bondad de esa capacidad reguladora de la OIT. Con el transcurrir del tiempo es un hecho contrastado que numerosos países evaden de forma sistemática las normas de la OIT. Dicho de forma abierta, no ratifican los convenios o, lo que es más preocupante, no los cumplen. Porque si bien la OIT cuenta con diversos mecanismos de control para verificar el cumplimiento, de oficio y a través de quejas y reclamaciones que pueden plantear otros Estados o las organiza-

ciones sindicales y empresariales, lo cierto es que no existen verdaderas sanciones. Pues la eventual responsabilidad por un incumplimiento queda diluida dentro de unos informes o conclusiones donde se «invita» a los Estados o, en los casos más extremos se les «urge» a tomar medidas, confiando en el oprobio de verse señalados como único recurso disuasivo.

Visto lo cual, se cuestiona desde hace ya tiempo, no la legitimidad de la OIT, pero sí su efectividad o, al menos, la necesidad de reevaluar su papel en una economía cada vez más globalizada, donde las normas de la OIT se han visto arrinconadas por la competencia comercial internacional. Pues no en vano el *dumping social* se ha convertido en una ventaja competitiva de una economía exportadora, en la medida en que el régimen sociolaboral puede condicionar la rentabilidad de las transacciones económicas. De ahí que se hayan alzado voces que reclaman que los convenios de la OIT incorporen criterios de rendimiento para la concesión de préstamos o créditos internacionales o que se incluyan esos porcentajes en el régimen internacional del comercio. Ello en la consideración de que el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional o la Organización Mundial del Comercio podrían resultar los mejores garantes para el cumplimiento de esas normas laborales internacionales.

En definitiva, una institución antigua y respetable, innovadora desde el punto de vista de su composición y funcionamiento y que se ha mostrado muy atenta y permeable a los cambios habidos a nivel geopolítico y en la economía mundial, pero que, como consecuencia de las evasiones que experimenta su marco normativo, cuestionando la eficacia misma de su capacidad reguladora, está obligada a buscar, sola o en compañía de otros actores internacionales, nuevos incentivos para que los países cumplan con sus obligaciones y la OIT con su misión fundadora.

BIBLIOGRAFÍA

Arias Domínguez, A.: *La acción normativa de la Organización Internacional del Trabajo*. Murcia: Ediciones Laborum, 2002.

Bonet Pérez, J.: *Mundialización y régimen jurídico internacional del trabajo. La Organización Internacional del Trabajo como referente político-jurídico universal*. Barcelona: Atelier, 2007.

Fernández Pardo, C. A.: *Régimen internacional del trabajo. La OIT en la política mundial*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2001.

Gil y Gil, J. L.: *España y la OIT: 100 años de diálogo en un mundo cambiante*. Madrid: Cinca, 2018.

Mercader Uguina, J. R.: «Sistema de fuentes y globalización», en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 119 (2003).

Xavier Thibault Aranda
Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Complutense

VER TAMBIÉN: CONTRATOS DE TRABAJO / CONVENIO COLECTIVO / DERECHO DEL TRABAJO / DERECHOS SOCIALES / DESPIDO LABORAL / ESTADO SOCIAL / HUELGA / JURISDICCIÓN SOCIAL / NACIONES UNIDAS / SALARIO / SINDICATOS

ÓRGANO CONSTITUCIONAL

Como ocurre con los conceptos que de un modo u otro han sido positivados en un ordenamiento jurídico, el de órgano constitucional puede analizarse desde dos perspectivas distintas: doctrinal y legal. Cada una de ellas pone de relieve problemas específicos, aunque seguramente relacionados: por una parte, la escasa consistencia doctrinal del concepto, a la que inmediatamente se hará referencia. Por otra, la recepción muy parcial que el legislador español ha hecho del mismo, solo para regular el conflicto entre órganos constitucionales como procedimiento ante el Tribunal Constitucional. Paradójicamente, además, ni el concepto de órgano constitucional ni el conflicto entre órganos constitucionales se encuentran mencionados en la propia Constitución. En lo que sigue, revisaremos en primer lugar las cuestiones que se refieren a la teoría del órgano constitucional y a continuación las relacionadas con su positivación en nuestro ordenamiento. Concluiremos con algunas hipótesis sobre su previsible evolución futura.

La aparición y consolidación del Estado moderno como forma política planteó el problema de dotarle de personalidad jurídica y arbitrar mecanismos mediante los cuales pudiera conocerse su voluntad. El surgimiento de la idea de que existen órganos estatales debe enmarcarse en la confluencia entre la necesidad de arbitrar esos mecanismos y el florecimiento de la Escuela alemana de Derecho Público de finales del siglo XIX y principios del XX, sobre todo en los juristas que, en la polémica entre germanismo y romanismo, buscaron en el Derecho germano antiguo una construcción capaz de dotar de un fundamento doctrinal sólido al nuevo *Reich* establecido en 1871. En la formulación de uno de sus más célebres exponentes, Otto von Gierke (1841-1921), solo una idea del Estado como «corporación» *(Genossenschaft)* podría superar las insuficiencias de las doctrinas basadas en el Derecho romano al ser aplicadas a la nueva realidad política, entre ellas la construcción de la persona jurídica como ficción o mera suma de individuos y la necesidad de acudir a la teoría de la representación para conocer su voluntad. Con la rápida generalización de esta tesis, primero en Francia e Italia y pronto en el resto de Europa, el Estado dejará de tener «representantes» para pasar a tener «órganos». Esta visión del Estado, cuyas influencias pueden rastrearse hasta la Constitución de Weimar (y a su través en el Estado integral de nuestra Segunda República) presenta, sin embargo, importantes inconsistencias, no siendo la menor de ellas la consideración de la organización estatal como una especie de «yo» colectivo. Ello no ha impedido, sin embargo, que, desprovista de esas iniciales connotaciones organicistas, la teoría del órgano sea de uso común en los mas variados sectores jurídicos.

La idea de que, pese a los reparos teóricos que puedan oponérsele, puede resultar útil hablar de «órganos» tanto en el Derecho público (órganos del Estado o de la Administración) como en el privado (órganos de asociaciones o de sociedades mercantiles), está particularmente presente en el caso de los órganos constitucionales. Cierto que los distintos criterios que se han sugerido para caracterizarlos (autonomía normativa garantizada constitucionalmente; rango supremo *in suo ordine* y paridad de rango con respecto a los

otros órganos constitucionales, sin perjuicio de las relaciones de coordinación entre ellos que puedan establecerse; funciones específicas atribuidas expresamente por la Constitución, etc.) presentan sin excepción dificultades muy difíciles de salvar. Sin embargo, sigue siendo útil, aún dentro de esa imprecisión, utilizar la categoría de órgano «constitucional» para identificar determinados órganos del Estado, los establecidos por la propia Constitución, a los que esta les atribuye el ejercicio, no subordinado a otros, de determinadas funciones constitucionales y de los que regula las notas esenciales que le son propias.

En otras palabras, los órganos constitucionales se definirían por la doble caracterización de ser constitucionalmente necesarios y de proyectarse sobre ellos una garantía institucional que, a diferencia de los órganos de relevancia constitucional, va más allá de su mera existencia para adentrarse en su *caracterización esencial*. Aunque con estos mimbres pueda ciertamente ponerse en duda la precisión de la categoría, resulta mucho menos dudosa su utilidad, pues, en principio, permitiría al menos identificar cuáles son los órganos que así deberían considerarse en un determinado sistema constitucional.

En nuestro ordenamiento, sin embargo, la identificación de los órganos constitucionales se encuentra con una dificultad adicional, que deriva del modo, parcial, en el que esta categoría se ha recogido entre nosotros. La Constitución, como se ha dicho, no los menciona expresamente. Solo lo hace la Ley Orgánica el Tribunal Constitucional (LOTC), que dedica tres de sus artículos a regular «el conflicto entre Órganos Constitucionales del Estado», un procedimiento ante el TC añadido por el legislador gracias a la cláusula abierta del art. 161.1.d) CE. En virtud de lo que allí se establece, la legitimación activa y pasiva para este tipo de conflictos se atribuye en exclusiva al Gobierno, al Congreso de los Diputados, al Senado y al Consejo General del Poder Judicial (CGPJ). Hay que tener en cuenta que el legislador orgánico se limita a atribuir la legitimación para un determinado procedimiento constitucional, pero no ha pretendido mediante esta regulación definir cuáles son los órganos constitucionales, entre otras razones, porque, por la propia naturaleza de estos, esa definición solo podría hacerla la norma constitucional. Persisten por lo tanto las dudas acerca de la extensión de la categoría, por ejemplo en relación con la posibilidad de aplicarla, en las Comunidades Autónomas, a los órganos de autogobierno que, con esa caracterización, contemplan algunos Estatutos de Autonomía (y, podría decirse, también la propia Constitución, al menos en las Comunidades a las que es de aplicación el art. 152 CE).

En todo caso, está claro que algunos de los órganos constitucionales contemplados claramente por la Constitución se encuentran fuera de la legitimación para iniciar este conflicto, empezando por el propio Tribunal Constitucional, excluido por razones obvias. Otro tanto podría decirse de la Corona, aunque aquí sería preciso recordar que en los orígenes de la teoría orgánica del Estado esta, por la pervivencia del principio monárquico, se considera ajena a la organización estatal por ser precisamente la cabeza del mismo, dotando de unidad y legitimidad a todo el conjunto. Mayor complejidad presenta la exclusión de los jueces y magistrados que ejercen el Poder Judicial y los juzgados y tribunales en los que este se organiza. Sin que ello suponga minorar un ápice su importancia como «poder» del Estado, lo

cierto es que encajan con dificultad no ya entre los legitimados para iniciar el conflicto de atribuciones, sino en la propia categoría de órgano constitucional tal como aquí se encuentra apuntada. Justo lo contrario de lo que ocurre con el CGPJ, al que puede con menor dificultad considerarse órgano constitucional precisamente por su ajenidad al ejercicio de la función jurisdiccional.

Es previsible que mientras persista el escenario de fragmentación y polarización política que se inauguró en España a partir de 2016, asistamos a un mayor protagonismo de los órganos constitucionales en la implementación de los controles interorgánicos que prevé la Constitución. Esta hipótesis permite augurar también un incremento de los conflictos constitucionales mediante los que se pueden acabar dirimiendo estos controles, cuya resolución por el Tribunal Constitucional probablemente ayudará a esclarecer los perfiles de esta categoría en nuestro ordenamiento. En los tres años siguientes al cuadragésimo aniversario de la CE de 1978 ya se ha superado la cifra de los dos conflictos que decidió el Tribunal Constitucional en los cuarenta anteriores (los resueltos por las SSTC 45/1986 y 234/2000). La naturaleza de los más recientes (dos interpuestos por el Gobierno contra el Congreso sobre el veto presupuestario, resueltos por las SSTC 34/2018 y 44/2018, y uno interpuesto en sentido contrario sobre el control parlamentario del Gobierno en funciones, STC 124/2018) parece confirmar esta tendencia, que probablemente se extenderá a otros procedimientos constitucionales, funcionalmente equivalentes en cuanto a su contribución a la caracterización de las atribuciones de los órganos constitucionales. Téngase en cuenta, por ejemplo, las amplias posibilidades del recurso de amparo por vulneración del art. 23.2 CE a los efectos de precisar los contornos del ejercicio del *ius in officium* de los miembros de las Cortes Generales.

BIBLIOGRAFÍA

Díez-Picazo Giménez, L.: «Órgano Constitucional», en M. Aragón Reyes, ed. *Temas Básicos de Derecho Constitucional*. Madrid: Civitas, 2001.

García Roca, F. J.: *El conflicto entre órganos constitucionales*. Madrid: Tecnos, 1987.

García-Pelayo, M.: «El *status* del Tribunal Constitucional», en *Revista Española de Derecho Constitucional,* 1 (1981).

Pendás, B.: «Estudio Preliminar», en Otto von Gierke, *Teorías Políticas de la Edad Media*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995.

Santamaría Pastor, J. A.: «Órgano Administrativo», en *Enciclopedia Jurídica Seix*, vol. XVII. Barcelona: Seix, 1986.

Ángel Rodríguez
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Málaga

VER TAMBIÉN: ADMINISTRACIONES PÚBLICAS / COMUNIDADES AUTÓNOMAS / CONGRESO DE LOS DIPUTADOS / CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL / CONSTITUCIÓN / CORONA / CORTES GENERALES / DIVISIÓN DE PODERES / ESTADO / GOBIERNO / ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA / SENADO

OTAN

La Segunda Guerra Mundial, en ello muy parecida a la Primera Guerra Mundial, dejó tras de sí una terrible devastación, que en Europa afectó por igual a vencidos como a vencedores. Con alguna significativa diferencia: la alianza vencedora en 1945 tardó en fracturarse el tiempo que tomó la Alemania hitleriana en reconocer su derrota. El final de la contienda anunciaba una posible confrontación entre las potencias occidentales y la Unión Soviética, encarnación del expansionismo comunista. En la tesitura, las dudas en las diezmadas poblaciones de la Europa occidental –Francia, Inglaterra, Bélgica, Holanda, Luxemburgo– eran de orden diverso. ¿Era por completo imposible la reaparición de un nuevo imperialismo teutón? ¿Tendrían capacidad para responder adecuadamente a ese eventual peligro? ¿Qué hacer con la amenaza proveniente de lo que Churchill, ya en 1946, había situado al este del «Telón de Acero», el que había caído en Europa desde Stettin en el norte hasta Trieste en el sur? ¿Decidirían los americanos, como ya habían hecho tras la Primera Gran Guerra retirar sus tropas del continente europeo y mantenerse ajenos a lo que allí sucediera?

Al primero de los interrogantes respondieron Francia e Inglaterra con la firma en 1947 del Tratado de Dunquerque, que preveía una defensa conjunta de los dos países en el caso de ser atacados. El enemigo no quedaba explícito pero era todavía una Alemania neo nazi. Al segundo, cuando ya era evidente que el peligro encarnado por la URSS era más real que el proveniente de una ya dividida Alemania, respondieron franceses e ingleses, en la compañía de belgas, holandeses y luxemburgueses, con la firma, en 1948, del Tratado de Bruselas, constitutivo de la Unión Occidental. Al tercero había respondido el presidente americano Harry Truman en 1947 con la doctrina que llevaría su nombre y que afirmaba el compromiso americano de defender en Europa a todos aquellos países que se veían a amenazados por fuerzas opresoras de carácter antidemocrático y origen extranjero. No hacía falta señalar que se trataba de las provenientes de la URSS, cuyas tropas seguían estacionadas en Alemania y en todos los países del este europeo y cuyos agentes paramilitares y políticos estaban poniendo en peligro la estabilidad de Grecia y Turquía. En 1948 el Congreso americano anuncia la puesta en marcha del Plan Marshall. El 4 de abril de 1949 los Estados Unidos sellaron su participación en la defensa europea con la firma en Washington del Tratado constitutivo de la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN). Es esa doble preocupación por la reconstrucción económica europea y por su defensa frente a la URSS la que finalmente determina le decisión americana de participar activamente en el futuro continental, en el entendimiento de que en ambos aspectos quedaban también englobados los intereses nacionales de los Estados Unidos.

El breve Tratado de Washington(14 artículos) basa su existencia en la defensa del patrimonio ideológico común y se ampara en el reconocimiento que la Carta de las Naciones Unidas hace de la legitima defensa para establecer un sistema colectivo en el que un ataque contra uno de los aliados sería considerado como un ataque contra todos ellos (artículo 5) y sitúa el alcance geográfico de su actividad en los territorios de los países aliados en Europa y en América del Norte y en las

islas bajo su jurisdicción situadas en el Atlántico al norte del Trópico de Cáncer (artículo 6). Fueron inicialmente doce sus firmantes-Bélgica, Canadá, Dinamarca, Francia, Islandia, Italia, Luxemburgo, Holanda, Noruega, Portugal, Reino Unido y Estados Unidos– ampliados a 14 en 1952 con la entrada de Grecia y Turquía, a 15 con la entrada en 1955 de la República Federal de Alemania, a 16 en 1982 con la entrada de España y a 29 con la entrada, a partir de 1991 y tras la desaparición de la URSS y de Yugoeslavia, de Albania, Bulgaria, República Checa, Croacia, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Montenegro, Polonia, Rumania, Eslovaquia y Eslovenia. Esa misma contabilidad revela el grado importante de aceptación que la OTAN ha suscitado y siguen suscitando entre los miembros y los que aspiran a serlo, y cuya clave reside en una doble constatación: el conjunto ha demostrado una notable capacidad de disuasión frente a cualquier intento bélico enemigo y al mismo tiempo ha ofrecido a sus miembros un significativo nivel de seguridad. No de otra manera cabe interpretar la premura con la que los antiguos miembros del Pacto de Varsovia y los integrantes de la extinta Yugoeslavia se apresuraron a formar parte de la organización. A todo ello naturalmente no es ajeno el hecho de que, como *primum inter pares* y principal potencia militar del mundo, los Estados Unidos forman parte de ella. Y que el carácter del conjunto nunca haya dejado de tener un abierto carácter consensual.

Solo en una ocasión ha recurrido la OTAN a la invocación del artículo 5 del Tratado, cuando terroristas islámicos amparados por el régimen talibán afgano atentaron contra los Estados Unidos en Nueva York y Washington el 11 de septiembre de 2001. La acción militar subsiguiente, sin embargo, fue exclusivamente protagonizada por tropas americanas. Posteriormente, tropas integradas por contingentes militares aliados han participado en acciones contra los mismos elementos en Afganistán como también lo han hecho en Irak y en Libia. Y fue la OTAN la que intervino militarmente en el conflicto yugoeslavo para darle final al régimen de Milosevic y proteger a las minorías albanesas de Kosovo. Con ello, la limitación del área de actuación que el artículo 6 del Tratado describe se ha visto sustancialmente alterada.

España ingresó en la OTAN en 1982, tras ser aprobada su adhesión con mayorías absolutas por el Congreso y el Senado del Parlamento. La decisión española contribuyó a reforzar la Alianza en un momento de indecisión trasatlántica. Fueron visibles los intentos soviéticos para impedir su realización. El Gobierno de la UCD encabezado por Leopoldo Calvo-Sotelo propició el debate parlamentario y la decisión correspondiente, en el marco de una política exterior española que, tras la muerte del general Franco, pretendía la incorporación de España a todas las organizaciones democráticas, europeas y occidentales, tratárese del Consejo de Europa, del Mercado Común europeo o de la OTAN. La decisión fue sistemáticamente rechazada por el PSOE, el mayor partido de la oposición, que hizo del lema «OTAN de entrada no» su principal línea de argumentación, precisada en 1982, en vísperas electorales, con la promesa de abandonar la Alianza en el caso de ganar los comicios. El vencedor de estos y resultante presidente del Gobierno, el socialista Felipe González, sin embargo, celebró en 1986 un referéndum sobre la presencia española en la organización, esta vez proclamando «OTAN, en el interés de España». El resultado favorable, aunque ajustado, permitió la continuada presencia española y ya en 1999, bajo José María Aznar como presidente del

Gobierno, su participación en la «estructura militar integrada» de la Organización, dando con ello amplio margen para la presencia de las fuerzas armadas españolas en la actividad aliada. El socialista Javier Solana, que había sido ministro de Asuntos Exteriores en el gobierno de González, fue secretario general de la OTAN entre los años 1995 y 1999.

La historia de la OTAN puede ser presentada como la de un ejemplo a seguir y un éxito a tener en cuenta por lo que afecta a las alianzas político-militares. No por ello está libre de crisis y dudas. Muchos de sus aliados no cumplen con las obligaciones de aportar a sus presupuestos militares las cantidades suficientes para garantizar su defensa nacional y la calidad de la colectiva. Y la fidelidad de todos los aliados a los propósitos fundacionales no es siempre la ideal. Pero su debilitamiento o, peor, su desaparición, significarían un temible golpe para la solidez de las relaciones entre las democracias occidentales y para la misma estabilidad de las relaciones internacionales que la Alianza poderosamente ha contribuido a mantener.

BIBLIOGRAFÍA

Capilla, A.: *La OTAN en el diseño de la política exterior de los gobiernos de UCD. El papel de Javier Rupérez*. Madrid: Instituto Universitario Gutiérrez Mellado, 2019.
Hernández Holgado, F.: *Historia de la OTAN. De la Guerra Fría al intervencionismo humanitario*. Madrid: Los Libros de la Catarata, 2000.
Lobo, Á.: *OTAN y España. El precio de una alianza*. Barcelona: Plaza y Janés, 1981.
Martínez Carmena, M.ª: *La OTAN, de alianza defensiva a organización de seguridad*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2013.
Rupérez, J.: *España en la OTAN. Relato parcial*. Barcelona: Plaza y Janés, 1986.
Sayle. T. A.: *Enduring Alliance: A History of NATO and the Postwar Global Order*. Ithaca: Cornell University Press, 2019.

Javier Rupérez Rubio
Académico correspondiente de la
Real Academia de Ciencias Morales y Políticas
Embajador de España

VER TAMBIÉN: CORTE PENAL INTERNACIONAL / COSTUMBRE JURÍDICA / DEMOCRACIA GLOBAL / DESCOLONIZACIÓN / DIPLOMACIA / JURISDICCIÓN UNIVERSAL / NACIONES UNIDAS / **PANDEMIA: PERSPECTIVA INTERNACIONAL** / RELACIONES INTERNACIONALES / RESERVAS A LOS TRATADOS / TRATADOS INTERNACIONALES / UNIÓN EUROPEA

PARLAMENTARISMO

Ciñéndonos al sentido estricto del término, entendido no como forma de Estado (equivalente a democracia parlamentaria o representativa, cuyo origen sitúa Pizzorusso, 2000: 270, en la prohibición del mandato imperativo por los Estados Generales de Francia en 1789), sino como forma de gobierno de las democracias liberales opuesta al presidencialismo, identificamos al parlamentarismo como un sistema de *separación flexible de poderes* en el que la responsabilidad del Ejecutivo ante el Legislativo constituye la clave del sistema político.

En el proceso de adquisición de poderes por el Parlamento británico que conduce al modelo de régimen parlamentario, la Monarquía se convierte en parlamentaria en el momento en que se reconoce la responsabilidad política del Gabinete ante los Comunes (dimisión de Lord North en 1782), que pasa a ser única y no compartida con la Corona a partir de 1837. En el continente, el momento equivalente es 1830, en la Francia de Luis Felipe de Orleans.

En el sistema parlamentario, superado el dualismo inicial, el Gobierno ha de contar solo con la confianza del Parlamento para gobernar, tanto al comienzo como a lo largo de su mandato. Las armas recíprocas con que cuentan Parlamento y Gobierno en ese período son la moción de censura y el derecho de disolución –este último permite al electorado actuar como árbitro del conflicto político entre los dos poderes–, cuya interacción será diferente en función de otros factores del lugar y momento político, en particular el sistema de partidos bi o multipartidista. Por eso resulta llamativo que el Parlamento británico, modelo histórico de influencia universal, no pueda ya ser disuelto de forma unilateral por el Ejecutivo, alterando así una tradición de siglos. Han cambiado muchas cosas en la democracia «ceremoniosa» de Westminster, como la llamaba G. Burdeau, y así se refleja en el confuso proceso parlamentario sobre el Brexit, seguido con expectación en toda Europa.

El modelo supuestamente ideal ha experimentado sucesivas crisis, algunas de crecimiento: el parlamentarismo racionalizado, en terminología de Mirkine-Guetzévitch, se impone en las Constituciones aprobadas tras la Segunda Guerra Mundial, buscando poner coto a la inestabilidad gubernamental mediante la introducción de mecanismos correctores (moción de censura constructiva –Ley Fundamental de Bonn 1949–, barreras electorales que reduzcan los efectos del multipartidismo). En esta línea se inserta la Constitución Española de 1978, frente a otras opciones semipresidenciales como las acogidas por la francesa de 1958 o la portuguesa de 1976.

El esquema tradicional del parlamentarismo se ha visto fuertemente afectado por la aparición del llamado Estado de partidos, que hace cuestionarse la centralidad del Parlamento como clave de bóveda del sistema, desde el momento en que los procesos de decisión política (si se prefiere, legislativa, función esencial mínima de las asambleas representativas) se desplazan fuera de él y se produce la hipostatización Gobierno-mayoría parlamentaria a que aludiera García-Pelayo, que priva de gran parte de su contenido a las funciones propias del Parlamento (en particular, la de con-

trol, pero no solo) en el parlamentarismo mayoritario. No obstante, el Parlamento en ocasiones se rebela contra una función meramente ratificadora de las decisiones de un Ejecutivo poderoso en un mundo globalizado, como se ha puesto de manifiesto en el Reino Unido en relación con el Brexit.

Tanto el régimen parlamentario como el presidencial han ido evolucionando a lo largo del tiempo hasta incluir elementos uno del otro: la elección del presidente en el régimen semipresidencial, adopción de figuras o controles propios del parlamentario (Argentina, jefe de Gabinete; Perú, responsabilidad de los ministros ante el Parlamento). No obstante, el presidencialismo no deja de funcionar como tal porque se introduzcan tales factores que aparentan constituir una vía hacia un sistema mixto de mayor equilibrio de poderes, porque lo esencial en la relación presidente/Parlamento es la doble legitimidad popular, que sigue dotando a aquel de un papel predominante, exacerbado en los presidencialismos latinoamericanos, los cuales a su vez constituyen deformaciones del modelo presidencial norteamericano.

En cuanto a la «presidencialización» del parlamentarismo en Europa –donde por definición las ocho Monarquías existentes solo pueden convivir con un régimen parlamentario–, entendida como fortalecimiento del Ejecutivo frente a un Parlamento debilitado, afirma Aragón Reyes (2013: 725) que el presidencialismo encubierto reúne los defectos de ambos sistemas sin ninguna de sus virtudes, convirtiéndose en una forma de gobierno que descansa exclusivamente en el control electoral.

En todo caso, debe reforzarse la función de control por el Parlamento para mantener el equilibrio de poderes propio del parlamentarismo, con el papel esencial de las minorías de al menos alzar su voz en el lugar donde se expresa el pluralismo político (valor superior de nuestro ordenamiento jurídico, art. 1.1 CE) consustancial a la democracia, aunque la mayoría, a su vez dirigida por el Ejecutivo al que apoya, imponga al final su voluntad, como reza el clásico principio británico *the minority should have its say, the majority shall have its way.* Frente a la excepcionalidad de la exigencia de responsabilidad política, debe asumirse como cotidiana la rendición de cuentas o *accountability* del Gobierno ante el Parlamento y actualizarse los instrumentos tradicionales de control y orientación política.

Si, como dice Pendás García (2002: 9), la forma de gobierno parlamentaria se caracteriza por su capacidad sin igual para adaptarse a las circunstancias reales, su próximo reto será hacer frente a la irrupción de nuevos partidos populistas que se autodefinen como antisistema, los cuales pueden llegar a pretender socavar la democracia representativa y que, una vez en el poder, hacen peligrar el equilibrio inclinando la balanza hacia el Ejecutivo.

Al mismo tiempo, la fractura de los bipartidismos o la crisis de los partidos tradicionales desemboca en una fragmentación política que debilita a la institución parlamentaria. El juego de los textos constitucionales que conforman el entramado de poderes ya no es el mismo. Valga de muestra el ejemplo español, con la aplicación inédita de preceptos como el 99.5 CE (repetición de elecciones por no conseguir el Congreso de los Diputados investir un presidente del Gobierno, 2016 y 2019), el triunfo de una moción de censura en 2018 o la prolongación de Gobiernos en funciones y Presupuestos prorroga-

dos. Supuestos todos ellos que paradójicamente han reforzado al Ejecutivo y la figura de su presidente, frente a un Parlamento dividido y paralizado por carencia del impulso político gubernamental.

Por otra parte, la pérdida de confianza en la política y los políticos ha conllevado un descrédito de las instituciones propias de la democracia representativa que alcanza de lleno al Parlamento, el cual lucha por mantener su lugar, no ya frente al ascenso del Ejecutivo, sino frente a otros canales de representación, mediante el uso de instrumentos de regeneración como la transparencia o la participación ciudadana.

En todo caso, es difícil prever el futuro del régimen parlamentario, cuyas prácticas sutiles y llenas de matices se adaptan difícilmente a la simplificación que caracteriza al populismo y sus dogmas excluyentes. Decía Churchill que la «lógica» es fatal para el modelo parlamentario. Conviene recordar por ello que la crispación en los debates, la pérdida de las buenas formas y la rigidez de los planteamientos son la antítesis del espíritu de equilibrio y moderación, seña de identidad del parlamentarismo clásico.

BIBLIOGRAFÍA

Aragón Reyes, M.: «Estudio preliminar» a C. Schmitt, *Sobre el parlamentarismo*. Madrid: Tecnos, 1990.

— «Sistema parlamentario, sistema presidencial y dinámica entre los poderes del Estado. Análisis comparado», en *Estudios de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2013.

Pendás García, B.: «División de poderes y formas de gobierno. Una perspectiva contemporánea», en *Fundamentos,* 5 (2009).

— «Formas de gobierno. Notas para un debate sobre el parlamentarismo "adaptado"», en *Asamblea,* 6 (2002).

Pizzorusso, A.: «Desarrollo de nuevas tendencias en el parlamentarismo. Algunos comentarios generales», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado,* 97 (2000).

Piedad García-Escudero Márquez
Letrada de las Cortes Generales
Catedrática de Derecho Constitucional
Universidad Complutense

VER TAMBIÉN: CALIDAD DEMOCRÁTICA / CONGRESO DE LOS DIPUTADOS / DEMOCRACIA / ESTADO CONSTITUCIONAL / ESTADO DEMOCRÁTICO / FORMAS DE GOBIERNO / INVESTIDURA / MANDATO PARLAMENTARIO / MOCIÓN DE CENSURA / PARLAMENTOS / POPULISMOS

PARLAMENTO EUROPEO

El Parlamento Europeo, hoy clave en el funcionamiento de la Unión Europea, se elige por sufragio universal, igual, libre, directo y secreto desde 1979. Cada Estado organiza sus elecciones conforme a unas normas comunes europeas que ha de respetar (derecho de sufragio activo y pasivo de los no nacionales, sistema electoral proporcional e incompatibilidades) y conforme a su propia legislación electoral: en esta, a veces, la circunscripción es única, a veces existen varias; las listas nacionales pueden permitir votos preferenciales o ser cerradas; la edad para votar (18 años en general pero 16 en Austria); voto obligatorio o voluntario… es decir, en cada lugar se ha diseñado un método diferenciado para enviar al Parlamento a sus representantes.

Esta Asamblea, que se renueva cada cinco años, ha estado compuesta por 750 miembros más el presidente, pero con motivo de la anunciada salida del Reino Unido se ha reducido a 705. La representación de cada Estado se fija en atención a su población con un mínimo de seis diputados y un máximo de noventa y seis. El sistema aplicado para fijar el número de escaños a cada Estado es el de la proporcionalidad decreciente que significa que los Estados más poblados aceptan el aumento de representación de los de menor población con el fin explícito de favorecerles. Para hacernos una idea, de acuerdo con el reparto hecho pensando en la salida del Reino Unido, España cuenta cincuenta y nueve diputados; el más grande, Alemania, noventa y seis; y los más pequeños, Luxemburgo y Malta, seis.

El presidente del Parlamento es elegido de entre sus miembros por un período renovable de dos años y medio. De manera que a mitad de la legislatura se procede a una nueva elección, lo que ha permitido normalmente a los dos partidos mayoritarios, el popular y el socialista, turnarse en el disfrute de este cargo cuyo titular representa al Parlamento en el exterior y ante el resto de las instituciones europeas.

El Pleno, en el que se integran todos los diputados, se reúne en Estrasburgo todos los meses –excepto agosto– en sesiones de cuatro días, de lunes a jueves. En Bruselas se celebran períodos parciales de sesiones adicionales, llamados en el *argot* bruselense «miniplenos».

Los diputados, que han sido elegidos en sus países en las listas de partidos nacionales, agrupaciones o como independientes, se agrupan ya en el Parlamento europeo, no por delegaciones nacionales, sino por afinidades políticas en los Grupos del Partido Popular Europeo, de los Socialistas, de la Renovación europea (antes ALDE, liberales), Verde, Comunista, Identidad y Democracia y Conservadores y Reformistas (estos dos últimos poco entusiastas de la construcción europea). El Grupo de los «no inscritos» está pensado para aquellos diputados que no se sienten plenamente identificados con los existentes.

El trabajo de los diputados se desarrolla en las sesiones plenarias y, de forma más singular, en las Comisiones especializadas (Industria, Transportes, Justicia, Economía, Agricultura …) así como en otras muchas Delegaciones o Comisiones que aseguran la presencia del Parlamento Europeo en diversos foros internacionales (por ejemplo, en Latinoamérica o en los

países de Asia central, etc). Todas ellas suelen realizar la mayor parte de su trabajo en Bruselas.

Órganos políticos del Parlamento europeo son, en primer lugar por su importancia y el alcance de sus acuerdos, la Conferencia de presidentes de los distintos Grupos políticos, presididos por quien lo es del Parlamento; a mucha distancia en relevancia se encuentran las Conferencias de presidentes de Comisiones o de Delegaciones y, por último, los cuestores, diputados que se encargan de resolver asuntos económicos y administrativos.

Desde la perspectiva de quien ha sido parlamentario europeo, debo añadir que la libertad y las posibilidades de intervenir en debates o suscitar iniciativas de los diputados europeos es, en muchos casos, mayor que la de sus colegas nacionales. El diputado cuenta además con libertad de voto, limitada tan solo por su responsabilidad ante el Grupo político al que está adscrito. Ello hace que en el Parlamento Europeo las votaciones en bloque que vemos en las Cortes Generales de España donde, solo por casualidad o por error, un diputado se aparta de la disciplina del Grupo, no existen. El hecho de que los votos emitidos sean en gran parte votos nominales, es decir, que llevan pegados el nombre y apellidos del diputado que lo emite y que se publican en la red pocas horas después de haber sido emitidos, permite una transparencia difícil de encontrar en otras Asambleas parlamentarias.

Las competencias del Parlamento son:

1. Constitucionales y de ratificación: cualquier tratado de adhesión de un Estado miembro o de simple asociación exige el acuerdo conforme del Parlamento. Como asimismo ocurre con otros instrumentos internacionales que contengan repercusiones presupuestarias de relieve para la Unión o cuando esté en discusión el hecho de que en un Estado miembro exista un riesgo real de que se esté cometiendo una violación grave de los principios y valores fundamentales de la Unión. Convocar una Convención para preparar una modificación de los Tratados –asunto discutido en la actualidad– también exige la intervención parlamentaria.
2. Participación en el proceso legislativo. En este apartado hay que diferenciar:

   – procedimiento legislativo ordinario. Es la «codecisión» que ha situado al Parlamento y al Consejo de Ministros en igualdad de condiciones: cuando hay acuerdo entre ambas instituciones, la decisión legislativa o el acuerdo se adoptan en lo que se llama primera o segunda lectura (utilizadas para perfilar redacciones o pequeñas discrepancias); cuando tal acuerdo no existe, se instaura un procedimiento de conciliación (en la terminología bruselense, *trílogos* porque también interviene la Comisión). Este sistema se aplica a materias como la política agraria comunitaria, el comercio exterior, la política de medio ambiente o los ámbitos de la seguridad, la libertad y la justicia.
   – la consulta al Parlamento es el trámite exigido en asuntos como fiscalidad, competencia, armonización de las legislaciones no vinculadas al mercado interior y algunos aspectos de la política social.
   – dictamen conforme o «procedimiento de aprobación» se aplica a

asuntos como por ejemplo los que afecten a servicios de interés económico general o a las iglesias y asociaciones o comunidades religiosas o cuando se considere necesaria la acción de la Unión para alcanzar objetivos previstos en los Tratados sin que se hayan previsto en ellos los poderes de actuación necesarios.

3. Carácter presupuestario. El Parlamento adopta el Presupuesto anual junto con el Consejo de Ministros y cuenta con una Comisión específica que examina cómo se ha gastado el Presupuesto y, cada año, aprueba la gestión que ha llevado a cabo la Comisión. Ha de dar su aprobación además al Marco financiero plurianual, el primer ejemplo de los cuales ha sido el afectante al período 2014-2020.
4. Carácter jurisdiccional. Puede interponer recurso ante el Tribunal de Luxemburgo en caso de violación de los Tratados por parte de otra institución comunitaria o apoyar a una de las partes en un asunto determinado.

La iniciativa legislativa del Parlamento Europeo es distinta de la que es propia de los Parlamentos nacionales. En cualquier caso, debate con la Comisión el programa político al inicio de la legislatura pudiendo solicitarle la presentación de una propuesta concreta. Por otro lado, en cada nuevo semestre, la Presidencia de turno presenta iniciativas que se discuten ampliamente en el hemiciclo. Le asiste igualmente la posibilidad de constituir Comisiones temporales de investigación para analizar las irregularidades o la mala administración que se hayan podido detectar en alguna de las instituciones de la Unión.

Es decir, el Parlamento ejerce conjuntamente con el Consejo de Ministros la función legislativa y la función presupuestaria siendo competente en todos los asuntos que afectan hoy día a la vida colectiva de los europeos, excepto las materias relativas a la política exterior y de seguridad acerca de las cuales, sin embargo, tiene el derecho a ser informado regularmente sobre las opciones fundamentales que se adopten, así como a formular preguntas o recomendaciones al Consejo de Ministros.

Además, elige al presidente de la Comisión y da el visto bueno a la designación de los comisarios. Si los diputados no están de acuerdo con el nombramiento de uno de tales comisarios puede enviar al presidente de la Comisión su valoración negativa e incluso puede rechazar a la Comisión en pleno. El Parlamento también puede obligar a la Comisión a dimitir durante su mandato, lo que ha ocurrido en la práctica (renuncia de la Comisión Santer, 1999).

Y, cuando los jefes de Estado y de Gobierno, se reúnen en las cumbres del Consejo Europeo, el Parlamento da su opinión sobre los temas que se van a tratar y, posteriormente, sobre sus acuerdos.

BIBLIOGRAFÍA

Betrunk, C.: *The European Parliament*. Strasbourg: Charta, 2001.
García Ureta, A.: *Derecho de la Unión Europea*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

Sosa Wagner, F.; Fuertes, M.: *Cartas a un euroescéptico*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

Francisco Sosa Wagner
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de León
Ex diputado en el Parlamento Europeo

VER TAMBIÉN: ACERVO COMUNITARIO / BREXIT / COMISIÓN EUROPEA / INTEGRACIÓN EUROPEA / PARLAMENTOS / POLÍTICA EXTERIOR Y DE SEGURIDAD DE LA UNIÓN EUROPEA / TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA / UNIÓN EUROPEA

PARLAMENTOS

Más de dos siglos después de que las primeras Constituciones convirtieran al Parlamentos en el siglo XVIII, en la institución central de la democracia representativa, los valores que el Parlamento encarna siguen siendo indispensables para la institucionalidad democrática. Significa la formalización de la voluntad del Estado mediante un órgano colegiado, elegido por el pueblo en virtud de un sistema electoral razonablemente representativo, que, con un método de trabajo deliberante, asume como funciones principales la legislación, la aprobación de los ingresos y gastos de cada ejercicio y el control del Gobierno.

Es el órgano de representación por excelencia. La estructura política adecuada para la expresión del pluralismo. El lugar propicio para la discusión, en el que se hacen públicas las razones del poder y se practica la libertad de crítica y la presentación de alternativas. La herramienta insustituible para el control del Ejecutivo y la limitación del poder mediante la dación pública de cuentas. El espacio en el que los diversos intereses particulares pueden tratar de integrar el interés general. O en el que, al menos, los conflictos sociales encuentran cauce para resolverse pacíficamente a partir del principio mayoritario.

En definitiva, el Parlamento es el gran instrumento de legitimación del sistema y el cauce para encauzar institucionalmente los intereses particulares y sectoriales, frente a los potentes grupos de intereses económicos, sociales y mediáticos que operan en la actualidad.

Todo ello referido, obviamente, a los Parlamentos democráticos modernos, aunque el término se utilice también, genéricamente, tanto para las asambleas estamentales, anteriores al pensamiento ilustrado y a las revoluciones liberales, como para las asambleas de fachada que hasta las dictaduras más férreas usan como escaparate para encubrir su verdadero rostro.

Ceñidos entonces a los Parlamentos democráticos, no cabe obviar que, aunque siguen siendo el centro de referencia de la institucionalidad democrática, tienen problemas. Muchos y muy serios. Algunos son inherentes a la naturaleza misma de la institución; otros se han desarrollado o crecido durante los dos últimos siglos; otros, en fin, están planteados por circunstancias tan actuales como la revolución tecnológica. Para empezar, se cuestiona la naturaleza representativa de la institución, con un debate eterno sobre la suficiencia de los respectivos sistemas electorales, acentuado en este tiempo en el que populismos de toda condición plantean la sustitución de la representación mediante diversos modelos alternativos de democracia participativa.

Es especialmente relevante también la preeminencia del Poder Ejecutivo en una época en la que hasta la legislación tiene el protagonismo de los Gobiernos. Se habla entonces de crisis de la ley, trastocada en suma de las medidas económicas y sociales que demanda el Estado social, y de la consiguiente crisis del legislador, condicionado por el Ejecutivo, que utiliza su mayoría parlamentaria para imponer sus políticas en sede parlamentaria, y que dispone, a mayor abundamiento, de medios enormes, que le permiten afrontar mejor las decisio-

nes sobre asuntos cada vez más complejos, sofisticados y especializados.

Los Parlamentos tienen además serias dificultades para conectar con la sociedad, y compiten en desventaja con los medios de comunicación –y hoy también con la información que circula por las redes–. El tiempo parlamentario, centrado en el debate, no es el tiempo informativo y los medios no tienen los límites formales y temporales que tienen los parlamentarios. Se hace mucha información *desde* el Parlamento, pero no *sobre* el Parlamento.

En fin, como factor particularmente decisivo está el protagonismo absoluto de los partidos políticos, hasta el punto de que hoy la democracia se desarrolla no en la dialéctica institucional entre Parlamento y Gobierno, sino en la relación Gobierno-oposición e incluso en la relación entre el Gobierno y los partidos de la mayoría. La partitocracia se fundamenta en el control del partido por sus dirigentes, en el sistema electoral, con listas decididas por los mismos, en una elevada disciplina interna, en la ocupación de todos los espacios en los que se toman decisiones públicas, pero también, en el interior del Parlamento, en el protagonismo total de los Grupos parlamentarios y sus portavoces.

De la suma de estos y otros muchos factores suele derivarse en todas partes un juicio muy crítico sobre la utilidad actual de las asambleas. Críticas que, de cara al pasado, añoran tiempos supuestamente mejores, y de cara al futuro, expresan la disconformidad con el *status quo* y plantean alternativas diversas de participación frente a la democracia representativa, promoviendo la democracia directa e incluso la democracia electrónica, digital o teledemocracia.

Sin llegar al extremo de cuestionar la democracia representativa, no son pocos tampoco los que piensan que como los Parlamentos mantienen una visibilidad formal pero ya no tienen un peso real en el proceso político, peso que corresponde al Ejecutivo, a los partidos, a los grupos sociales y a los medios de comunicación, no debemos preocuparnos por revitalizar una institución que ya no tiene el protagonismo.

Pero en este tiempo en el que, como se ha dicho, los valores que fundamentan la convivencia democrática, que los Parlamentos representan son más necesarios que nunca (limitación del poder, deliberación, pluralismo, composición de intereses…), el único horizonte razonable es trabajar para el fortalecimiento de la institución y su adecuación a las nuevas realidades. Lo cual pasa por afrontar los retos con reformas profundas, puestas en ejecución con un rigor y una profundidad incompatibles con soluciones simples.

Probablemente el reto principal, sin cuya solución no parecen posibles otros cambios de calado, está en mitigar el peso extraordinario de la partitocracia. Ello, que afecta a la legislación de partidos y al sistema electoral, en el Parlamento debe llevar a afrontar un nuevo equilibrio entre el papel del parlamentario individual y el del Grupo parlamentario. No se trata de prescindir de las mejoras que el Parlamento de Grupos ha proporcionado, pero sí de reducir los excesos que prácticamente han anulado en muchos Parlamentos europeos al parlamentario individual.

El otro gran reto está en la relación entre el Ejecutivo y el Legislativo. Por una parte, reforzando la función de control, decisiva en los Parlamentos actuales, a los que se reclama que el instrumental disponible para la rendición pública de cuentas del Gobierno sea lo más ex-

haustiva posible. Por otra, mejorando el procedimiento legislativo para incrementar la calidad de las leyes y evitando el abuso de la legislación gubernamental de urgencia. Y, en fin, incrementando los mecanismos de codecisión sobre las políticas públicas más importantes, tal y como poco a poco vienen propiciando en España algunas leyes sectoriales.

Reto decisivo parece también armonizar los espacios de la representación y de la participación ciudadana, haciendo al Parlamento más participativo para hacerlo más representativo. Se trata por tanto de incorporar a los procedimientos parlamentarios nuevos cauces de información y de opinión, con iniciativas como las audiencias, las reuniones con los sectores, la regulación del *lobby* y, por supuesto, con el máximo aprovechamiento de las nuevas tecnologías para la comunicación con la sociedad.

En fin, en cuanto al funcionamiento parlamentario, los retos principales están en forjar un nuevo equilibrio entre deliberación pausada y toma urgente de decisiones y también en abrir nuevos espacios que garanticen la libertad de crítica de la oposición. Modernizar y agilizar el trabajo son objetivos evidentes. Y cambiar el modelo de desarrollo de los debates, hoy convertidos en una sucesión de monólogos, parece también indispensable.

Para afrontar tantos desafíos hace falta una voluntad política decidida, la renuncia a primar los intereses partidistas y constancia para que las reformas tengan efecto sostenido. Y será preciso también dotar a los Parlamentos, de una vez, con medios suficientes para que puedan adaptarse a las necesidades tan exigentes del presente y al futuro de cambios extraordinarios que ya está llamando a las puertas del siglo.

BIBLIOGRAFÍA

Astarloa Huarte-Mendicoa, I.: *El Parlamento moderno. Importancia, descrédito y cambio*. Madrid: Iustel, 2017.
Manzella, A.: *Il Parlamento*. Bolonia: Il Mulino, 1977.
Manin, B.: *Los principios del gobierno representativo*. Madrid: Alianza, 1999.

Ignacio Astarloa Huarte-Mendicoa
Académico (electo) de la
Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España
Ex Letrado Mayor de las Cortes Generales
Ex Diputado

VER TAMBIÉN: ADMINISTRACIÓN PARLAMENTARIA / CALIDAD DEMOCRÁTICA / CONGRESO DE LOS DIPUTADOS / CORTES GENERALES / DIVISIÓN DE PODERES / ESTADO DEMOCRÁTICO / GRUPOS PARLAMENTARIOS / LEYES / MANDATO PARLAMENTARIO / **PANDEMIA: PERSPECTIVA JURÍDICA** / PARLAMENTARISMO / PARLAMENTO EUROPEO / PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO / REGLAMENTO PARLAMENTARIO / SENADO

PODER CONSTITUYENTE

La idea de poder constituyente ocupa un lugar esencial para la justificación teórica y la práctica del Estado constitucional. Surgida en los tiempos del fervor revolucionario que arrumbó en Francia el Antiguo Régimen, continúa siendo en nuestros días, junto al reconocimiento de los derechos fundamentales, la «pieza» de base sobre la que se apoya el funcionamiento de la democracia constitucional. El poder constituyente representa la culminación de una línea de pensamiento, la de la modernidad política, que se planteó como objetivo desvelar dónde radicaban los fundamentos de la capacidad de ejercer poder político, liberándolos para siempre de justificaciones de carácter trascendente. A esa tarea se entregaron las aportaciones de Maquiavelo (con su concepción de la política como artificio al alcance de la naturaleza humana), la de Bodino (con el «descubrimiento» de la soberanía como la potestad absoluta y perpetua de la República), y la de Hobbes (con su argumento del contrato social fundado en el miedo).

El mérito de Emmanuel Sieyés (1748-1836), a quien corresponde la primera elaboración acabada de la idea de poder constituyente, es haberlo convertido en un mecanismo en marcha, el mecanismo que hizo posible transformar la discusión teórica sobre el origen del poder en el *deus ex machina* para la elaboración de un documento, la Constitución, que desde entonces se nos aparece como la respuesta tangible y pormenorizada no solo al cómo se genera aquel, sino a las condiciones y a las finalidades que rodean el ejercicio del mismo. En su obra *¿Qué es el tercer Estado?*, Sieyés realiza una eficaz labor de movilización intelectual dirigida a afianzar la capacidad de la burguesía para defender y hacer pasar sus intereses como si fueran los intereses de una totalidad ignorada o ninguneada hasta entonces como consecuencia de la alianza excluyente entre la aristocracia y el clero. A partir de ahí, las contradicciones y las paradojas de un concepto de combate, como lo es en definitiva el de poder constituyente, se despliegan en todo su esplendor.

Trasunto de la idea de soberanía, el poder constituyente se nos presenta como un poder originario e ilimitado, pero con operatividad condicionada a la delegación, para su ejercicio, en las manos de una Asamblea a la que se le dota de un mandato *ad hoc* para que lo lleve a cabo. Pese a que en la puridad de la teoría se postula el sometimiento necesario de la obra de la Asamblea a la ratificación popular, la delegación del poder en unos representantes *extraordinarios*, y la propia disposición organizativa de la deliberación, imprescindible para arribar a un resultado, no deja de ser algo conceptualmente conflictivo en relación con los presupuestos de partida. En la secuencia revolución/poder constituyente/Constitución, el segundo elemento de la tríada acusa el impacto de la dialéctica de tensiones opuestas que desencadenan el primer y el tercer componente del engranaje. Como *momentum* de la exaltación política, la revolución se resiste a encadenamientos o formalidades condicionantes. Su esencia radica en el cuestionamiento de un pasado contra el que se alza con el fin de proscribirlo del horizonte de las posibilidades políticas. Pero para cancelarlo, y alzar una barrera contraria a su regreso, necesita convertir la *pars destruens* de la energía revolucionaria en un impulso constructivo e inaugural; uno con capacidad de diseñar, desde

las cenizas del pasado, un nuevo orden de las cosas. El poder constituyente pasa a ser así el gozne a través del cual discurre tal transformación, una especie de rito de paso en el que el encargo deliberativo se presenta como un hecho rompedor y de enorme significado simbólico: el que le confiere su capacidad de depositar el futuro en las manos del sujeto político representado.

El poder constituyente consuma su tarea produciendo la Constitución, pero la efectividad de esta exige domesticar la fuerza motriz que impulsó la operación. El ejercicio del poder constituyente desencadena, por tanto, una verdadera mudanza de naturaleza sobre un estado de cosas en que el poder desnudo y desatado pasa a ser poder contenido y encauzado por obra y gracia de la Constitución. El caudal legitimador que vierte sobre esta última la idea de poder constituyente es tan poderoso que cuesta concebir sucedáneo alguno con capacidad de desplazarlo. Más allá de las mistificaciones y las imposturas que puedan atribuírsele, la verdadera función del poder constituyente consiste al cabo en dotar a la Constitución de un repositorio permanente de legitimidad: primero, durante el tiempo en el que los mandatarios se conjuran para cumplir el mandato constituyente, pero también –y esto es aún más importante– a lo largo de la vida de la Constitución. Dado que esta es sancionada para regir a perpetuidad, el genio del poder constituyente dependerá de su capacidad para culminar con éxito el trayecto que discurre entre su cometido como pre-requisito o presupuesto político de la Constitución, y su enclaustramiento en el cuerpo de ella como un *poder dormido*, pero dispuesto para activarse y actuar como un antídoto contra el desgaste que el transcurso del tiempo tiende a producir en la Constitución.

Con la transformación del poder constituyente en poder constituido la teoría constitucional responde así, en términos jurídicos, al problema de la persistencia de la supremacía política de la Constitución (como consecuencia del «código genético» asociado a su origen) y resuelve la cuestión de su posición superior en la jerarquía normativa rodeando su reforma de exigencias que convierten las modificaciones y/o adiciones al texto de la Constitución en algo radicalmente diferenciado de las que se producen rutinariamente en los ámbitos de la normatividad de rango ordinario. El carácter extraordinario y primigenio del poder constituyente es tan potente que a veces da pie para excluir de la posibilidad de reforma ciertas decisiones que se consideran inescindibles del modo de ser de la Constitución en tanto que *voluntas* expresa de quienes la redactaron. En tales casos se habla de cláusulas constitucionales pétreas o perpetuas. Pero incluso allí donde estas no vienen contempladas de manera explícita, puede ocurrir que los guardianes jurisdiccionales de la Constitución, esto es, quienes tienen asignada, frente a las «ramas políticas», la función de velar por la supremacía de ella, actúen como voceros *ex post* del poder constituyente, y ello para impedir que, por la vía de las alteraciones de la Constitución, se acaben produciendo *sustituciones de la Constitución* por afectar a decisiones políticas de la misma que son tenidas por esenciales e irrevocables.

En consonancia con la deriva de un concepto de tan problemático acomodo en la democracia constitucional como es el de la soberanía como un poder originario, omnímodo e ilimitado, tampoco faltan autores que postulan un arrumbamiento de la idea de poder constituyente como poder «genesíaco», o bien profundizan en las limitaciones

que rodean necesariamente su ejercicio en cada experiencia concreta, así como en los cambios que, sobre el mismo, ha acabado por producir el compromiso con la integración supranacional, de carácter *fuerte* (Unión Europea), o basada al menos en la defensa de un núcleo básico de derechos.

BIBLIOGRAFÍA

Bernal Pulido, C.: «Prescindamos del poder constituyente en la creación constitucional. Los límites conceptuales del poder para reemplazar o reformar una Constitución», en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional,* 22 (2018).

García, E.: «La sustitución de la Constitución en el Derecho Constitucional colombiano», en *Revista de Derecho Político*, 95 (2016).

Krisch, N.: «Pouvoir Constituant and Pouvoir Irritant in the Postnational Order», en *International Journal of Constitutional Law,* 16 (2016).

Maiz, R.: *Nación y Revolución. La teoría política de Emmanuel Sieyés*. Madrid: Tecnos, 2007.

Vega, P. de: *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Madrid: Tecnos, 2000.

Miguel Revenga Sánchez
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Cádiz

VER TAMBIÉN: CONSTITUCIÓN / CONSTITUCIÓN NORMATIVA / DEMOCRACIA / DERECHO CONSTITUCIONAL / ESTADO CONSTITUCIONAL / ESTADO DEMOCRÁTICO / JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL / LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA / REFORMA CONSTITUCIONAL / REVOLUCIÓN / SOBERANÍA NACIONAL Y POPULAR

POSITIVISMO JURÍDICO

Mientras que el iusnaturalismo fue la manera de tratar los temas que integran la Filosofía del Derecho hasta finales del siglo XVIII, el positivismo jurídico ha sido la concepción iusfilosófica hegemónica durante el XIX hasta las últimas décadas del XX. No está vinculada al positivismo en sentido filosófico y científico, que aplica sus premisas epistemológicas de las Ciencias físicas y naturales al campo de lo social y lo político. Acota su objeto de conocimiento, a diferencia del iusnaturalismo, a un Derecho empírico e histórico, esto es, a un Derecho positivo. Tiene su origen en Alemania, a comienzos del XIX, en el ámbito del historicismo y la cultura general del romanticismo. El sujeto abstracto y racional del iusnaturalismo con caracteres universales e inmutables es sustituido por la singularidad histórica del individuo. La Escuela Histórica del Derecho, representada por F. C. Savigny, rechaza la universalidad y racionalidad del Derecho, y se circunscribe al Derecho vigente e histórico vinculado a una determinada cultura nacional.

En Francia, por el contrario, el positivismo jurídico es propiciado por la necesidad de seguridad jurídica de la incipiente burguesía mercantil y el proceso de unificación del Derecho privado del Código Civil de 1804, el Código de Napoleón. Sus presupuestos doctrinales son diferentes al historicismo jurídico alemán, y parten de la filosofía de la Ilustración dirigida a reconstruir racionalmente de manera unificadora la dispersión no jerarquizada del Derecho del Antiguo Régimen, que variaba según las distintas regiones y condados de modo consuetudinario. Tiene su expresión en la Escuela de la Exégesis (F. Gény), movimiento doctrinal que propugnó un modelo claramente formalista, identificando al Derecho como un producto legislativo del Estado.

En Inglaterra, cuyo sistema de Derecho premoderno estuvo basado en el *Common Law*, y aunque no conoció la codificación, el positivismo jurídico encuentra un notable desarrollo en J. Bentham, cuya radical distinción entre el ser y el deber ser del Derecho (entre la labor del expositor que explica lo que es la ley y el trabajo del censor, a quien compete indicarnos lo que el Derecho debería ser) excluye cualquier concepción construida sobre conceptos que, como la naturaleza humana, no son susceptibles de un conocimiento empírico, sino, por el contrario, de un fundamento metafísico. Su elaboración de una teoría analítica del Derecho, con claras pretensiones reformistas, se integra en la tradición inglesa de la Jurisprudencia analítica, cuyos orígenes pueden situarse en el nominalismo de Hobbes, continuado de forma más elaborada por John Austin a comienzos del XIX en su versión de una teoría imperativa del Derecho, doctrina estatal legalista que consideraba al soberano legal única fuente del Derecho y a la norma jurídica expresión de su poder normativo.

En un conocido ensayo de N. Bobbio, se distinguen tres sentidos diferentes de positivismo jurídico: como metodología o enfoque general en el estudio del Derecho, como teoría del Derecho y como ideología acerca del Derecho. En el primer sentido, se sostiene una clara distinción entre el Derecho que es y el que debe ser, y también la convicción de que el jurista debe ocuparse del primero y no del segundo. En el segundo, se

defiende la teoría de la coactividad, el imperativismo, la supremacía de la ley y la consideración del sistema jurídico como un ordenamiento completo (carente de lagunas) y coherente (carente de antinomias). En el tercero, positivismo como ideología, el Derecho, por el mero hecho de existir, es considerado como algo valioso, y en su versión más radical como algo justo, digno de ser obedecido. Esta triple distinción plantea problemas.

Positivismo como metodología. Hart, uno de los más relevantes representantes del positivismo jurídico del siglo XX, ha señalado los siguientes presupuestos metodológicos:

1. *La tesis de la separación entre Derecho y Moral.* A diferencia del iusnaturalismo, no es necesario apelar a la Moral para identificar el Derecho vigente en una sociedad. Esto no quiere decir que no podamos evaluar críticamente el Derecho vigente. El Derecho es independiente de la Moral, las obligaciones jurídicas no están relacionadas conceptualmente con las obligaciones morales, por lo que puede existir incompatibilidad parcial o total entre ellas. Pero la relación entre uno y otra puede ser contingente. El Derecho ha estado influido históricamente por la Moral social convencional y también por los ideales y valores de grupos sociales minoritarios. Lo que niega el positivismo es que un sistema jurídico tenga que coincidir de modo necesario con determinada moral o justicia para determinar su existencia o vinculatoriedad.
   Dworkin, uno de los representantes del denominado neoconstitucionalismo, sostiene que el positivismo es incapaz de explicar la resolución de casos basados en principios morales (como el conocido caso *Elmer vs. Palmer*). Si hay vacío legal, sostiene Dworkin, para el positivismo la explicación consiste en crear una nueva norma jurídica para el caso no previsto. Y aquí se presentan dos inconvenientes: que el juez no elegido democráticamente crea una nueva regla y que esta tiene carácter retroactivo, ya que se aplica a un caso anterior al surgimiento de la misma regla. Dworkin presenta una alternativa para resolver estos «casos difíciles». Propone la idea de que el Derecho no solo se compone de reglas, sino también de principios que establecen derechos individuales. La identificación de tales principios se lleva a cabo mediante su adecuación a criterios morales. El razonamiento judicial incorpora de manera ponderada criterios propios de la argumentación política y moral. Esta tesis difumina la frontera entre estos tres ámbitos. *El positivismo jurídico incluyente* trata de salvar esta crítica afirmando que el Derecho no necesita depender de la Moral, a pesar de las eventuales remisiones a la moralidad que se da en nuestros ordenamientos constitucionales a través de reglas, siendo conscientes de que tales derechos han sido creados en virtud de hechos sociales. Las remisiones a principios morales no significan que pasen a pertenecer al sistema jurídico, y además esto no impide que existan normas contrarias a la Moral, lo que salva la tesis de la separación conceptual entre el Derecho y la Moral. En cambio, el *positivismo jurídico excluyente* sostiene que el Derecho no debe depender de la moral porque considera que no es deseable que los jueces al aplicar las normas jurídicas remitan a pautas morales, pues estas son controvertidas. Las normas jurídicas son razones dotadas de autoridad con independencia de su contenido moral.

En las últimas décadas, debido a la relevancia jurídica creciente de las Constituciones en el Estado de Derecho, se ha hablado de *neoconstitucionalismo* como una expresión que hace referencia a la importancia de los principios frente a las reglas, la ponderación frente a la subsunción judicial como método de adjudicación, el texto constitucional frente a la independencia del legislador. Todo ello ha puesto a los jueces en un papel interpretativo más relevante que al legislador en la determinación del Derecho, principialismo argumentativo que ha favorecido la inclusión de criterios morales en la identificación del Derecho. Asimismo, también se habla de *postpositivismo*, una concepción que pone de manifiesto la limitada y reduccionista concepción autoritativa del Derecho y la necesidad de entenderlo como una creación humana cuyo sentido es el de satisfacer ciertos valores plasmados en los derechos fundamentales. Este constitucionalismo no positivista pone el énfasis en el carácter argumentativo del Derecho y en la unidad de la razón práctica, lo que implica la idea de que el razonamiento jurídico, como razonamiento práctico, se sostiene en razones últimas de carácter moral.

2. *La tesis de las fuentes sociales del Derecho*. El Derecho es el resultado de una convención social, las normas jurídicas son el resultado de actos de voluntad de las autoridades jurídicas. El Derecho se compone de reglas que imponen deberes y obligaciones (primarias en la terminología de Hart) y reglas que establecen competencias y facultades (secundarias). El único objeto de la Ciencia jurídica es el Derecho positivo. La determinación del Derecho depende de la comprobación de ciertos hechos en un espacio y tiempo específico. Son hechos producidos por determinados miembros de la sociedad, como los legisladores, los jueces, la Administración Pública, etc. La identificación del Derecho solo debe preocuparse por el Derecho que es, el que está vigente en una sociedad.
3. *La tesis de la discrecionalidad judicial.* El Derecho no ofrece una respuesta clara y precisa a todos los casos. Las disposiciones jurídicas, dado el carácter no formal del lenguaje jurídico, permiten distintas interpretaciones en función de la textura abierta, la vaguedad y la ambigüedad de sus términos.

Positivismo como ideología: el valor positivo del Derecho se basa en que su mera existencia, con independencia del valor moral del contenido de sus reglas, sirve para la obtención de ciertos fines valiosos, como son el orden, la paz, la certeza, la seguridad, etc. Y esto, según esta versión del positivismo, sirve para justificar moralmente su deber de obediencia. Esta concepción no se puede sostener argumentativamente, porque de la mera existencia del Derecho, aunque cumpla fines morales, no se puede zanjar la justificación de su obediencia. Del «es» no se puede derivar un «deber».

Positivismo como teoría: no se puede identificar el positivismo jurídico con el formalismo, modelo vigente durante el siglo XIX y parte del XX en sus distintas formas, siendo su representante más paradigmático H. Kelsen. Tal identificación implicaría dejar de lado la existencia de teorías del Derecho normativistas positivistas (ejemplo emblemático, la teoría de Hart) y teorías no normativistas que pueden ser consideradas como positivistas, como el realismo jurídico.

BIBLIOGRAFÍA

BOBBIO, N.: *El positivismo jurídico*. Madrid: Debate, 1993.
GONZÁLEZ VICÉN, F.: *La filosofía del Derecho como concepto histórico (Estudios de Filosofía del Derecho)*. La Laguna: Universidad de La Laguna, 1969.
HART, H. L. A.: *El concepto de Derecho*. México: Ed. Nacional, 1980.
— «El nuevo desafío al positivismo jurídico», en *Sistema*, 36 (1980).
KELSEN, H.: *Teoría pura del Derecho*. México: UNAM, 1986.
LAPORTA, F.: *El imperio de la ley*. Madrid: Trotta, 2007.

Juan Ramón DE PÁRAMO ARGÜELLES
Catedrático de Filosofía del Derecho
Universidad de Castilla-La Mancha

VER TAMBIÉN: *COMMON LAW* / DERECHO Y MORAL / HISTORICISMO Y ESCUELA HISTÓRICA / IUSNATURALISMO / JUSTICIA / MÉTODO JURÍDICO / NEOCONSTITUCIONALISMO / PRINCIPIOS Y VALORES CONSTITUCIONALES / SEGURIDAD JURÍDICA / TEORÍA ANALÍTICA DEL DERECHO / TEORÍA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO / UTILITARISMO JURÍDICO

PRESIDENTE DEL GOBIERNO

La figura del presidente del Gobierno es, en los sistemas parlamentarios, el eje de la dirección política del Estado. No siempre ha sido así. Subordinado al monarca en las primeras Monarquías liberales, con el transcurso del tiempo el presidente del Gobierno se convirtió, en Europa occidental al menos, en una figura de gran relevancia política pero de escasa consistencia constitucional. Solo al acabar la Segunda Guerra Mundial la regulación jurídica del presidente del Gobierno reflejó lo que ya era una realidad en muchos ordenamientos, la cabeza del órgano que dirige la política de un país.

Antes de examinar sus rasgos jurídicos y políticos más relevantes debemos recordar que la denominación de «presidente del Gobierno» es relativamente reciente, normalmente tras la Segunda Guerra Mundial. Cuando aparece esta figura en el constitucionalismo europeo (y tarda en aparecer) es mediante las expresiones «primer ministro» y, posteriormente, «presidente del Consejo de Ministros». Ambas expresiones son muy significativas porque denotan, en ambos casos, una posición en cierto modo ancilar: el primero de los ministros del Rey y el presidente de un órgano colegiado, es decir, el que dirige los debates de un colegio formado por iguales.

Podría pensarse que la figura del primer ministro tiene su antecedente en los validos y privados de la Monarquía absoluta que en España, en el siglo XVII, adquieren gran relevancia. Dejando aparte el hecho de que algunos validos actuaron con funciones y denominación de primer ministro, como el duque de Medinaceli al final del reinado de Carlos II, lo característico de los validos es que asumían todo el poder regio, sin compartirlo con el monarca, por lo que más bien evocan la figura de un presidente del Gobierno en un régimen parlamentario. Pero al lado de los validos el origen de la figura del primer ministro lo tenemos en el Reino Unido del siglo XVIII cuando, por diversos motivos, los Reyes dejaron de asistir a las reuniones del Gabinete, que había empezado a reunirse en el reinado de la Reina Ana a principios del siglo XVIII, y uno de los ministros hubo de dirigir las reuniones. No obstante, el presidente o primer ministro no aparece en el constitucionalismo francés del siglo XIX, tampoco en el Estatuto Albertino y en España, si bien dos proyectos, el de Constitución federal de 1873 y el de la dictadura de Primo de Rivera de 1929, se refirieron al presidente del Consejo de Ministros y del Gobierno, respectivamente, solo la Constitución de 1931 llevó esta figura al Derecho positivo.

Lo más relevante del presidente del Gobierno es que o bien ha obtenido por sí solo la confianza del Parlamento o bien preside un órgano que ha conseguido esta. Ambas fórmulas indican que, en cualquier caso, el presidente tiene establecida una relación fiduciaria con el Parlamento. En algunos países es el Gobierno el que tiene la confianza, tácita o expresa, del Parlamento, como en el Reino Unido, Italia, Grecia o la Segunda República española, pero en otros, como Alemania, Portugal o Suecia, la confianza se otorga *intuitu personæ* al presidente del Gobierno.

En España, el artículo 99 de la Constitución opta por la segunda de las dos po-

sibilidades pues es el Congreso de los Diputados (y no el Senado), el que entabla la relación fiduciaria con el presidente al otorgarle la investidura. En paralelismo de formas, el Congreso puede quebrar esa relación fiduciaria mediante una moción de censura (que en España, a imitación de Alemania, es constructiva, es decir, que exige la presentación de un candidato alternativo) o denegando la cuestión de confianza que el propio presidente puede presentar.

El hecho de que sea el presidente (y no el Gobierno en su conjunto) el que recibe la confianza del Congreso tiene efectos muy relevantes en el modelo de organización gubernamental. Es sabido que un Gobierno se organiza básicamente conforme a tres criterios (de dirección presidencial o de canciller, departamental que beneficia a los ministros singulares, y colegial que desplaza las grandes decisiones al colegio de ministros, el Consejo) y la circunstancia de que el presidente sea elegido es determinante para que en el ordenamiento español predomine el principio de dirección presidencial o de canciller. ¿Cómo se expresa dicho principio?

En primer lugar, el Congreso elige al presidente sin conocer previamente al Gobierno que luego formará el candidato. La elección no se hace atendiendo la composición del Gobierno sino «el programa político del Gobierno que pretenda formar» (art. 99.2 CE). En segundo lugar, solo después de ser elegido el nuevo presidente propone al Rey los nombres de los ministros y es el único que tiene la potestad de proponer su nombramiento y su cese. En tercer lugar, dos decisiones tan importantes para la vida de un Gobierno como la disolución anticipada de las Cámaras y le presentación de una cuestión de confianza son de competencia del propio presidente, si bien está obligado a debatirlo en Consejo de Ministros. Además, la legislación, concretamente la Ley 50/1997, del Gobierno, ha acentuado este modelo de canciller: es el presidente quien crea y suprime departamentos ministeriales por medio de decretos dictados por él mismo y, además, convoca las reuniones del Consejo de Ministros y fija el orden del día. Añádase a esto que la Ley del Gobierno no exige que se vote en las reuniones del Consejo de Ministros por lo que se ha establecido la práctica de que sea el presidente del Gobierno el que, tras el correspondiente debate, decida si se aprueban o no los asuntos que van en el orden del día.

Con el principio de dirección presidencial o de canciller se entiende que, como establece el art. 98.2 CE, el presidente dirige la acción del Gobierno y coordina las funciones de los demás miembros del mismo. En el ordenamiento español, solo la Ley Orgánica del Estado de 10 de enero de 1967 había establecido una descripción similar de funciones, pero, en cambio, es relativamente similar a otros ordenamientos de Europa occidental (Ley Fundamental de Bonn, cuyo art. 65 es muy completo; Francia; Grecia; Italia; y Portugal, con un art. 204 muy extenso). Pero si la Constitución es quizá, como otras a las que nos acabamos de referir, parca, la Ley del Gobierno ha enumerado las principales funciones del presidente: representar al Gobierno, establecer el programa político de este, dirigir la política de defensa, impartir instrucciones a los demás miembros del Gobierno, más las que ya ha fijado la Constitución.

El presidente del Gobierno en una democracia parlamentaría es el motor que dirige la política del país mediante sus decisiones y a través del Consejo de Ministros. Pero no podría cumplir estas funciones directivas si no contara con un

órgano de apoyo y asistencia que en España y otros países europeos se denomina Gabinete. El Gabinete de la Presidencia en España es un órgano de colaboración y apoyo que, conforme a la Ley del Gobierno, el propio presidente organiza mediante decretos dictados por sí mismo sin pasar por el Consejo de Ministros y es el órgano que elabora proyectos y documentos al tiempo que transmite al presidente información sobre el funcionamiento de los Ministerios.

BIBLIOGRAFÍA

ALBA NAVARRO, M.: «Artículo 98. Composición y estatuto del Gobierno», en O. Alzaga (dir.): *Comentarios a la Constitución Española*. Madrid: Cortes Generales, 1998, t. VIII.

ARAGÓN REYES, M.; GÓMEZ MONTORO, A., coords.: *El Gobierno, problemas constitucionales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

BAR CENDÓN, A.: *El presidente del Gobierno en España: encuadre constitucional y práctica política*. Madrid: Civitas, 1981.

— «Artículo 99. Nombramiento del presidente del Gobierno», en O. Alzaga (dir.): *Comentarios a la Constitución Española*. Madrid: Cortes Generales 1998, t. VIIII.

GARCÍA FERNÁNDEZ, J.: *Regulación jurídica y acción política del Gobierno en España*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2020.

GARRIDO FALLA, F.: «Artículo 98», en el vol. col. *Comentarios a la Constitución*. Madrid: Civitas, 1985, 2.ª ed.

SANTAOLALLA LÓPEZ, Fernando: «Artículo 99», en *Comentarios a la Constitución*. Madrid: Civitas, Madrid, 1985.

Javier GARCÍA FERNÁNDEZ
Catedrático Emérito de Derecho Constitucional
Universidad Complutense

VER TAMBIÉN: CONGRESO DE LOS DIPUTADOS / DEMOCRACIA / DIVISIÓN DE PODERES / ESTADO DEMOCRÁTICO / FORMAS DE GOBIERNO / GOBIERNO / INVESTIDURA / LIDERAZGO POLÍTICO / MOCIÓN DE CENSURA / PARLAMENTARISMO / REGLAMENTO ADMINISTRATIVO

PRINCIPIOS Y VALORES CONSTITUCIONALES

Uno de los rasgos distintivos del Estado constitucional de Derecho contemporáneo que, con el precedente del constitucionalismo norteamericano, se instaura en Europa a partir de la segunda posguerra y del que es un claro exponente la Constitución Española de 1978, consiste en la «rematerialización» de los textos constitucionales, esto es, la inclusión en los mismos de una serie de valores y principios sustantivos o materiales de carácter y rango jurídico-constitucional.

Aunque los términos «principio» y «valor» tienen significados muy próximos, los principios se diferenciarían de los valores por su mayor grado de concreción, serían especificaciones de los valores, pero sin ser todavía normas analíticas. Los valores funcionarían como metanormas respecto de los principios y como normas de tercer grado respecto de las reglas o disposiciones específicas. Por lo demás, un mismo concepto (y esto es lo que sucede con la igualdad y con la libertad) puede presentarse como valor y como principio y también manifestarse a través de normas específicas (Pérez Luño, 2018). Los «valores superiores» del art. 1.1 CE (Peces-Barba, 1984) se situarían en el primer nivel. El más englobante de ellos es la justicia. Por su parte, la libertad y la igualdad constituyen el núcleo básico del contenido de la justicia, y el pluralismo político sería un aspecto del valor libertad. Los diversos principios, así como los derechos fundamentales, proclamados en la Constitución serían desarrollos de los aludidos valores. No obstante, con frecuencia se habla de principios en sentido amplio que abarcarían, de acuerdo con la terminología empleada por la CE, los llamados «valores superiores», los principios (incluidos los «principios rectores de la política social y económica») y muy especialmente las normas que reconocen y regulan los derechos fundamentales, las cuales, de acuerdo con Alexy, presentan la estructura de principios (en contra, Robles, 2016).

Algunos de estos principios constitucionales son de carácter estructural y se integran en la parte orgánica de la Constitución, esto es, en la Constitución formal, *ad. ex.*, eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación de la actuación de la Administración Pública (art. 103.1 CE). Sin embargo, lo más peculiar de las Constituciones contemporáneas son los valores y principios jurídicos sustantivos o materiales que integran la denominada *Constitución material*, los cuales serían expresión de exigencias materiales de justicia, por ejemplo, la libertad (arts. 1.1, 9.2 y 10.1 CE), la igualdad (arts.1.1, 9.2 y 14 CE), la seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y el amplio catálogo de derechos. En la CE estos valores y principios materiales se encuentran recogidos principalmente en el título preliminar y en el título I (parte dogmática de la Constitución). No obstante, esta distinción no debe entenderse en términos absolutos sino relativos, ya que los principios estructurales de algún modo serían también manifestaciones, aunque indirectas o mediatas, de requerimientos materiales de justicia. Así por ejemplo el principio de unidad jurisdiccional (art. 117. 5 CE) es un principio de organización que contribuye a garantizar la ausencia de privilegios y la igualdad de todos ante la ley y ante los tribunales.

Así pues, en general, los valores y principios constitucionales tienen un origen y/o un contenido moral (de ahí que podamos hablar de «constitucionalización de con-

ceptos éticos»; Dworkin habla de «moralidad política»), pero adquieren relevancia jurídica al insertarse en un sistema jurídico. Ahora bien, la vigencia histórica del Derecho no siempre depende de un acto de promulgación formal. Y así los principios se introducen en el sistema jurídico no solo, ni siquiera principalmente, por estar recogidos expresamente en las disposiciones constitucionales, sino sobre todo al ser perfilados y desarrollados a través de la tarea de interpretación de la Constitución llevada a cabo por la jurisprudencia (en diálogo permanente con la doctrina), la cual no solo delimita los contenidos concretos de los principios explícitos, sino que a menudo formula nuevos principios implícitos o presupuestos en la Constitución (Robles, 2016). Destaca en ese sentido el papel decisivo que han desempeñado, entre otros, el Tribunal Supremo de Estados Unidos, el Tribunal Constitucional Federal alemán y también el TC español; por ejemplo, la creación jurisprudencial de un nuevo derecho fundamental a la protección de datos con base en el art. 18.4 CE.

El Estado constitucional de Derecho pivota alrededor de la supremacía jurídica de la Constitución en todo su contenido, incluidos los valores y principios morales y muy especialmente los derechos fundamentales recogidos en la misma, que se convierten en condiciones de la validez jurídica de las leyes y de las normas de rango inferior. Con ello, la ley ha dejado de ser la fuente suprema del Derecho. En esto consistiría el paso del Estado de Derecho legislativo o legalista al Estado constitucional de Derecho, en el cual por encima de la ley se encuentra la Constitución, que recoge con carácter imperativo los valores esenciales del Estado de Derecho. Ferrajoli (2011) propone la terminología «ius-constitucionalismo» o constitucionalismo «jurídico» para designar este tipo de sistemas. En el constitucionalismo político «tanto los límites a los poderes como las garantías de las libertades, son límites y garantías reivindicados y acaso realizados como límites y garantías *políticas externas* a los sistemas jurídicos». En cambio, en el constitucionalismo jurídico, son límites y garantías *jurídicas internas* de los sistemas jurídicos. «En este sentido, el rasgo distintivo (…) será la existencia *positiva* de una *lex superior* a la legislación ordinaria, con independencia de las diversas técnicas para garantizar su superioridad: ya sea la estadounidense y, más en general, americana, del *control difuso*, a través de la no aplicación de las leyes constitucionalmente inválidas (…), o bien la europea del control concentrado, a través de su anulación».

Los valores y principios constitucionales son auténticas normas jurídicas, y por tanto vinculantes e inmediatamente aplicables, sin necesidad de *interpositio legislatoris*. Aunque esta fue una cuestión debatida en España en los inicios del período constitucional, así lo afirmó desde muy pronto la doctrina (García de Enterría, 1981) y la jurisprudencia del TC, el cual, en su sentencia 80/1982, de 20 de diciembre, afirmó la vinculatoriedad inmediata, esto es, sin necesidad de mediación del legislador ordinario, de los arts. 14 a 38 CE y, en particular, del art. 14 sobre el que versaba el recurso.

El núcleo de los valores y principios incorporados a los textos constitucionales contemporáneos gira en torno a la idea de dignidad de la persona y al reconocimiento de sus derechos que aparecen, a tenor de lo que proclaman solemnemente el art. 1 de la Ley Fundamental alemana y el art. 10.1 CE, como las bases mismas de todo el sistema jurídico-político y se colocan por encima de la voluntad cambiante de los gobernantes erigiéndose en «triunfos frente a las mayorías» (Dworkin, 2012). De ahí la expresión «constitucionalismo

de los derechos» (Prieto, 2013) utilizada para referirse a los nuevos sistemas de carácter material o sustantivo.

De este modo, Constituciones como las citadas no eluden el problema de la fundamentación material del Derecho. La obligatoriedad de la Constitución y por tanto la del sistema jurídico en su conjunto quedaría justificada en razón de su contenido: en la medida en que reconocen los derechos fundamentales y organizan el poder político en términos tales que quede garantizada la efectiva protección de los derechos.

Según una tesis desarrollada en Alemania, la Constitución encarnaría un orden objetivo de valores (Cruz, 2005), a cuyo respeto y realización efectiva queda vinculada la actividad de los poderes públicos incluido el Legislativo. Así pues, los valores y principios constitucionales imponen a los poderes del Estado no solo límites negativos, sino también vínculos positivos. Como se desprende del art. 9.2 CE, inspirado en el art. 3.2 de la Constitución italiana, los poderes públicos no solo deben respetarlos, sino que deben además promoverlos en todos los ámbitos de la vida social. Esto, unido a la eficacia horizontal de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, determina un efecto «irradiación» *(Ausstrahlungswirkung)* o «impregnación» de los valores y principios y especialmente de los derechos fundamentales sobre la totalidad del sistema jurídico. En esto consistiría la llamada *constitucionalización del ordenamiento jurídico* que implicaría una presencia efectiva de la Constitución en todas las ramas del ordenamiento y en la sociedad misma.

Ahora bien, los principios fundantes y estructurantes del orden constitucional, y en especial la dignidad humana y los derechos fundamentales, son conceptos abiertos, que no deben entenderse en términos estáticos, sino dinámicos: requieren ser desarrollados, actualizados y contextualizados en atención a la realidad social e histórica y a las circunstancias del caso concreto, de manera que la clave del constitucionalismo contemporáneo es la delimitación del alcance de los principios constitucionales, en especial por parte del juez constitucional, pero también por los jueces ordinarios y por el propio legislador. Para ello se requiere una tarea interpretativa y argumentativa que a menudo exige la ponderación (Dworkin, Alexy), o más bien el ajustamiento (Ollero, 1999) de principios concurrentes, que implica juicios de valor, que es parcialmente creativa y a través de la cual, como una manifestación de la historicidad del Derecho, se van positivando interpretativamente las exigencias de los principios constitucionales (Ollero, 1999). Por lo demás, esta tarea se sitúa en el ámbito de la razón práctica, en el cual nunca puede alcanzarse el mismo grado de certeza que en la razón teórica, por lo que siempre cabe un espacio para la discrepancia razonable y para un pluralismo no relativista. De todo ello resulta «la insuficiencia del solo texto de la Constitución, tan caro al positivismo legal, para dar cuenta de la Constitución viva» (Herrero de Miñón, en Ollero, 2019).

BIBLIOGRAFÍA

Alexy, R.: *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1986 (2.ª ed. 2014).

Cruz, L. M.: *La Constitución como orden de valores. Problemas jurídicos y políticos*. Granada: Comares, 2005.

Dworkin, R.: *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 2012.

Ferrajoli, L.: «Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista», en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 34 (2011).

García de Enterría, E.: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 1981.

Ollero, A.: *Discriminación por razón de sexo: valores, principios y normas en la jurisprudencia constitucional española*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999.

— *Filosofía del Derecho y Constitución,* pról. de Miguel Herrero y Rodríguez de Miñón. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2019.

Peces-Barba, G.: *Los valores superiores*. Madrid: Tecnos, 1984.

Pérez Luño, A.-E.: *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 2018 (12.ª ed.).

Prieto, L.: *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de Filosofía jurídica*. Madrid: Trotta, 2013.

Robles, G.: «Comentario a la ponencia de Robert Alexy, titulada El concepto no-positivista de los derechos fundamentales. Teoría de los principios, derechos fundamentales y moral», en Elósegui Itxaso, M. (coord.), *Los principios y la interpretación judicial de los derechos fundamentales. Homenaje a Robert Alexy en su 70 aniversario*. Zaragoza: Marcial Pons, 2016.

Encarnación Fernández Ruiz-Gálvez
Catedrática de Filosofía del Derecho
Universidad de Valencia

VER TAMBIÉN: CONSTITUCIÓN / CONSTITUCIÓN NORMATIVA / DERECHO CONSTITUCIONAL / DERECHOS FUNDAMENTALES / ESTADO CONSTITUCIONAL / ESTADO DE DERECHO / ESTADO DEMOCRÁTICO / IGUALDAD ANTE LA LEY / INTERPRETACIÓN JURÍDICA / IUSNATURALISMO / JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL / LEYES / ORDENAMIENTO JURÍDICO / POSITIVISMO JURÍDICO / SEGURIDAD JURÍDICA

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

El art. 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, incluido dentro del capítulo V sobre «Ciudadanía», se refiere al «derecho a una buena administración». Señala que «toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable» y añade que tal derecho incluye en particular el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente, el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial y la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones. En definitiva, la Carta está recogiendo en tal precepto algunos de los principios esenciales del modo de actuar de las Administraciones Públicas y sus relaciones con las personas (más que con la ciudadanía), lo que equivale a decir del procedimiento administrativo.

La Exposición de motivos de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), define el procedimiento como «el conjunto ordenado de trámites y actuaciones formalmente realizadas, según el cauce legalmente previsto, para dictar un acto administrativo o expresar la voluntad de la Administración». Esta aséptica definición debe ponerse en relación con la razón de ser del procedimiento, que no se circunscribe a la mera exigencia formal de unas reglas de actuación, sino que se justifica en base a una doble finalidad: garantizar el respeto a los derechos de las personas por parte de las Administraciones Públicas y servir de cauce para el cumplimiento del fin constitucional que las mismas han de perseguir, que no es otro que «el servicio objetivo de los intereses generales», tal como establece el artículo 103 de la Constitución. Así entendido, el procedimiento ni puede ni debe ser considerado como la simple expresión de la actuación burocratizada y ralentizadora de la Administración, sino como el reflejo de algunas de las bases constitucionales que la configuran: ser parte de un «Estado social y democrático de derecho» (art. 1 CE), lo que exige una Administración sometida a la ley y al Derecho (art. 103) en la que se garantice la participación de las personas (art. 105). La garantía de ese sometimiento y la participación se hacen efectivos a través del procedimiento.

Que la Administración deba manifestar su voluntad –mediante actos o disposiciones– de forma procedimentalizada no es nuevo. La regulación del procedimiento, entre nosotros, arranca de la pionera Ley Azcárate de 19 de octubre de 1889, por la que se fijaron las bases que deberían ser comunes para los procedimientos de los diferentes Ministerios. Tras esa Ley ha de darse un salto hasta la de Procedimiento Administrativo de 1958, de muy buena factura técnico-jurídica, que incluso supo resistir el paso de la Constitución de 1978. Esta, sin embargo, exigía un nuevo planteamiento. Por un lado, por el fortalecimiento del principio de transparencia y participación (art. 105), por otro por la necesidad de adaptar el procedimiento al nuevo marco de descentralización política (art. 149.1.18). El primero de los preceptos citados se refiere a dos procedimientos, el de elaboración de las disposiciones administrativas y el proce-

dimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos. En uno y otro caso se resalta la importancia de la participación y/o audiencia de los interesados o afectados. Por su parte, el artículo 149.1.18 atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre «el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas». Precisamente la Exposición de motivos de la Ley 30/1992, de Procedimiento Administrativo, advertía que «la Ley recoge esta concepción constitucional de distribución de competencias y regula el procedimiento administrativo común, de aplicación general a todas las Administraciones Públicas y fija las garantías mínimas de los ciudadanos respecto de la actividad administrativa». Tras varias reformas, entre las que destaca la muy importante operada por la Ley 4/1999, la Ley de 1992 fue derogada por la citada 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común que, no exenta de crítica, tiene por objeto, según su art. 1.1, «regular los requisitos de validez y eficacia de los actos administrativos, el procedimiento administrativo común a todas las Administraciones Públicas, incluyendo el sancionador y el de reclamación de responsabilidad de las Administraciones Públicas, así como los principios a los que se ha de ajustar el ejercicio de la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria». Al hablar de procedimiento administrativo común la Ley se refiere a uno de los que cita el artículo 105 de la Constitución, aquel a través del cual «deben producirse los actos administrativos». El procedimiento para la elaboración de disposiciones de carácter general ha de buscarse en otras normas, entre las que cabe mencionar, en lo que se refiere a la elaboración de reglamentos del Estado, la Ley 50/1997, del Gobierno, muy notablemente modificada por la Ley 40/2015. Por tanto, al hablar ahora de procedimiento administrativo nos referimos en particular al que tiene que ver con la adopción de actos administrativos: a este ámbito parece referirse el artículo 149.1.18 de la Constitución cuando se refiere al procedimiento administrativo común. El artículo 34 LPAC dispone que los actos administrativos que dicten las Administraciones Públicas se producirán por el órgano competente ajustándose al procedimiento establecido y su art. 47.1 dispone que son nulos de pleno derecho los actos «dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido». La importancia del procedimiento está, pues, fuera de toda duda. De su observancia depende la legalidad de la actuación de la Administración y la posibilidad de controlarla.

La regulación del procedimiento administrativo común pasa por la definición de los principios generales por los que ha de regirse, que en realidad han de observarse en todo procedimiento y que son fundamentalmente el de celeridad, impulso de oficio, transparencia, publicidad (art. 71.1 LPAC), simplificación (arts. 72 y 75.2), contradicción e igualdad (art. 75.4). Principios que se aplican como digo al procedimiento administrativo, cuyo esquema es sobre el papel muy sencillo, pues gira en torno a tres fases bien definidas: iniciación (arts. 54 a 69 LPAC), instrucción (arts. 75 a 83) y finalización (arts. 84 a 95), en las que se desarrollan las distintas actuaciones que dan lugar a la expresión final de la voluntad de la Administración, que incluso puede manifestarse (a falta de una resolución expresa) en base al silencio administrativo. Actuaciones en las que no solo la Administración actuante, sino los interesados en el procedimiento (cuyos derechos –art. 53 LPAC– han de ser rigurosamente respetados) tienen una función y protagonismo capitales.

La regulación del procedimiento común (que incluye como antes vimos el sancionador y el de reclamación de responsabilidad de las Administraciones Públicas) lo es sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas (art. 149.1.18 CE). Pero también sin perjuicio de la existencia de innumerables procedimientos especiales, que se cuentan por miles (basta ver la relación de procedimientos especiales de la Administración General del Estado en www.administracion.gob.es). No obstante, de entre estos no todos tienen la misma entidad y debe reconocerse que la Ley 39/2015, como las leyes de procedimiento que la precedieron, ha sido capaz de unificar notablemente el régimen de los procedimientos. Con alguna excepción que está plenamente justificada en función de la potestad o la actividad que ejerce o desarrolla la Administración correspondiente. Baste citar los procedimientos expropiatorios general y especiales (Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre 1954 y Reglamento de desarrollo de 26 de abril de 1957) o los procedimientos tramitados por la Agencia Española de Protección de Datos (arts. 63 a 69 de la Ley Orgánica 3/2018, de Protección de Datos y Garantía de los Derechos Digitales, en relación con el Reglamento (UE) 2016/679, de Protección de Datos), algunos de ellos transfronterizos y por tanto difícilmente encajables en su totalidad en el esquema procedimental de la LPAC.

En fin, es necesario hacer referencia a la incidencia de la innovación tecnológica en el procedimiento administrativo, que no solo se plasma en el llamado expediente electrónico, sino que está modificando notablemente la relación entre ciudadanos y Administraciones Públicas (el art. 14 LPAC regula el derecho y obligación de relacionarse electrónicamente con las Administraciones Públicas; los arts. 38 a 46 bis de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público, regulan el «funcionamiento electrónico del sector público»).

BIBLIOGRAFÍA

La bibliografía sobre Procedimiento Administrativo es inabarcable. Pueden consultarse los Cursos, Tratados o Manuales al uso de Derecho Administrativo. Entre ellos merecen especial referencia:

García de Enterría, E. y Fernández Rodríguez, T. R.: *Curso de Derecho Administrativo, II*, Madrid: Civitas, 2017.

Sánchez Morón, M.: *Derecho Administrativo. Parte General*. Madrid: Tecnos, 2019.

Santamaría Pastor, J. A.: *Principios del Derecho Administrativo General, II*. Madrid: Iustel, 2016.

También los múltiples Comentarios a las diferentes Leyes de Procedimiento Administrativo dirigidos, entre otros, por autores como Garrido Falla, Leguina Villa, González Navarro, González Pérez, Parada Vázquez, Pendás García, Piñar Mañas o Tornos Más. Asimismo:

Barnés Vázquez, J.: dir.: *La transformación del procedimiento administrativo,* Sevilla: Global Law Press, 2009.

DÍEZ SÁNCHEZ, J. J.: *El procedimiento administrativo común y la doctrina constitucional.* Madrid: Civitas, 1992.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: «Un punto de vista sobre la nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común de 1992», en *Revista de Administración Pública,* 130 (1993).

GARCÍA URETA, A.: *Procedimiento administrativo y Derecho comunitario.* Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 2002.

LÓPEZ MENUDO, F.: «Los principios generales del procedimiento administrativo», en *Revista de Administración Pública,* 129 (1992).

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S.: «Reflexiones sobre el procedimiento administrativo común», en *Revista de Administración Pública,* 131 (1993).

MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E.: *Garantías del interesado en el procedimiento administrativo electrónico.* Valencia: Tirant Lo Blanch, 2017.

PIÑAR MAÑAS, J. L., dir.: *Administración electrónica y ciudadanos.* Madrid: Civitas, 2011.

PONCE SOLÉ, J.: *El derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad.* Valladolid: Lex Nova, 2001.

José Luis PIÑAR MAÑAS
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad CEU-San Pablo

VER TAMBIÉN: ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO / ADMINISTRACIÓN LOCAL / ADMINISTRACIONES PÚBLICAS / BIENES PÚBLICOS / BUENA ADMINISTRACIÓN / CONTRATOS PÚBLICOS / / DERECHO ADMINISTRATIVO / FUNCIÓN PÚBLICA / JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA / LEGALIDAD (Principio de) / ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA / REGLAMENTO ADMINISTRATIVO / SANCIONES ADMINISTRATIVAS / SECTOR PÚBLICO

PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO

La aprobación de una ley (en sentido formal) es la función más emblemática de la actividad parlamentaria, a partir de las ideas de Rousseau sobre la ley como expresión de la voluntad general. Por eso, el art. 66 CE cita como primera función de las Cortes Generales el ejercicio del poder legislativo del Estado. De ahí la importancia del procedimiento como *iter* parlamentario de un texto destinado a convertirse en norma del máximo rango en el ordenamiento jurídico, solo por debajo de la Constitución. Por analogía con otros Derechos de carácter procesal, se atribuyen al procedimiento legislativo las características de pluralidad, contradicción o publicidad, entre otras. Todas ellas encaminadas a garantizar dos premisas básicas: dotar de legitimidad a la futura ley y garantizar la participación en el debate, tanto de las minorías parlamentarias como de los sectores sociales afectados (*hearings* del Derecho anglosajón, que a veces –pero no siempre– se desarrollan también en nuestras Cámaras).

El procedimiento que nos ocupa se regula someramente a nivel constitucional («De la elaboración de las leyes»: capítulo II del título III CE) y, sobre todo, en los Reglamentos del Congreso (108 y siguientes RCD) y del Senado (104 y siguientes RS). En rigor, hay que hablar de *los* procedimientos, ya que junto con el ordinario (que seguramente no es el que más se utiliza) hay variantes de todo tipo; por ejemplo, entre otros varios, para la aprobación de leyes orgánicas, la competencia legislativa plena de las Comisiones o la lectura única. Por supuesto, toda la normativa está orientada a consagrar el bicameralismo *imperfecto*, propio de un modelo que otorga una notable prevalencia al Congreso sobre el Senado.

Se trata, al menos por lo que se refiere a su versión ordinaria y completa, de un procedimiento complejo y largo, que partiendo del modelo clásico de triple lectura del Parlamento británico, que ya aparecía en las *Tácticas Parlamentarias* de Bentham, ha permitido hablar hasta de ocho lecturas, comprendiendo todos los trámites que pueden tener lugar: debate de totalidad, Ponencia, Comisión y Pleno en el Congreso, Ponencia, Comisión y Pleno en el Senado, y finalmente aprobación definitiva por el Pleno del Congreso. Esto provoca el desconcierto de la opinión pública, que no es capaz de distinguir la diferencia entre una aprobación temporal y una definitiva y que suele dar por resueltos extremos que todavía se encuentran en un momento intermedio de su tramitación. Existen otras características que igualmente acompañan a nuestro procedimiento y que la práctica se ha encargado de dibujar. Así, el protagonismo de los Grupos parlamentarios frente al diputado individual, lo cual encarna una suerte de resurrección del mandato imperativo propio de las Asambleas medievales, que fue desterrado por los Parlamentos que surgen de las revoluciones burguesas. No obstante, la vinculación no se produce ya entre el elegido y sus electores, sino entre aquel y el partido político, al que estará ligado por la disciplina de voto. Igualmente, se habla de un «principio dispositivo del procedimiento legislativo», que dota a la tramitación parlamentaria de un amplio margen de flexibilidad, dependiendo de las circunstancias (por ejemplo, las prórrogas encadenadas de ampliaciones de

plazos de enmiendas que alargan indefinidamente la tramitación de un texto o incluso pueden conducir a su caducidad). Por último, se trata de un procedimiento con capacidad para adaptarse a las diferentes coyunturas políticas, sin cambiar en esencia su estructura.

Ateniéndose al procedimiento ordinario, son tres las fases clásicas en la aprobación de la ley: introductoria, constitutiva e integradora de la eficacia, si bien no faltan autores que identifican con el procedimiento legislativo únicamente la segunda.

Dentro de la *fase introductoria*, la Constitución establece que son sujetos legitimados para ejercer la iniciativa (art. 87): el Gobierno mediante proyectos de ley, el Congreso (15 diputados o un Grupo parlamentario: art. 108 RC), el Senado (25 senadores o un Grupo parlamentario: arts. 108 y 109 RS), las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas o la iniciativa popular contando con un mínimo de 500.000 firmas (L. O. 3/1984). Las iniciativas que revistan la forma de proposiciones de ley, que son todas las que no provienen del Gobierno, requieren un pronunciamiento favorable del Pleno de la Cámara en la que surgen. Hoy día asistimos a una evidente transformación del ejercicio de la iniciativa legislativa, ya que la ausencia de una mayoría clara de apoyo al Gobierno ha provocado una considerable disminución de los proyectos de ley, al mismo tiempo que las proposiciones provenientes de Grupos parlamentarios han aumentado de forma desproporcionada. Incluso se observa que el Gobierno opta en ocasiones por hacer uso de esta vía a través del Grupo que lo sustenta, con el fin de evitar tanto los largos y costosos antecedentes que preceden a un proyecto antes de su remisión a las Cámaras, como el coste político que supone promover determinadas medidas desde el Ejecutivo.

La *fase constitutiva* comienza siempre en el Congreso y se inicia con el debate de totalidad en el Pleno de la Cámara, el cual tiene lugar solo en caso de que se presenten enmiendas de totalidad (de devolución o de texto alternativo). La deliberación versa sobre los principios del texto y su oportunidad política, quedando las cuestiones técnicas relegadas a las fases ulteriores. De aquí que este debate sea más propio de los proyectos de ley, ya que sirve como instrumento para cuestionar las directrices políticas del Gobierno. De hecho, las proposiciones de ley, una vez tomadas en consideración, solo son susceptibles de ser enmendadas a la totalidad mediante enmiendas de texto alternativo.

La *fase de Ponencia* se ha erigido en los últimos tiempos, carentes de mayorías absolutas, en el momento más relevante del procedimiento legislativo. Este órgano, de naturaleza colegiada, contribuye a la tramitación del texto con el fin de mejorarlo técnicamente y propiciar que su aprobación cuente finalmente con el mayor apoyo posible. A ello contribuye el hecho de que las Ponencias trabajen con ausencia de publicidad y con voto ponderado, lo cual les permite actuar sin exposición a la opinión pública y con un reducido número de miembros. Por otra parte, el procedimiento es lo suficientemente flexible como para adaptarse a los tiempos, lo cual no deja de ser una virtud. Así, si hace unos años, con mayorías absolutas, se infravaloraba el trabajo de la Ponencia por entender que se habían reducido a extremos alarmantes la deliberación y la negociación política, hoy vuelven a constituir el núcleo de la tramitación parlamentaria, ya que no es infrecuente que los textos se consensúen artículo por artículo, hasta

encontrar fórmulas de compromiso que satisfagan a una mayoría suficiente. Ello redunda positivamente en la participación, aunque como contrapartida la redacción final no suele ser la mejor desde un punto de vista técnico, sino la que es políticamente viable.

A su vez, el trámite de Comisión, que sí goza de publicidad, agrava esta situación, por la inclusión de nuevas modificaciones en el texto, que frecuentemente llegan de forma descoordinada, incidiendo negativamente en su coherencia y sistemática. Mucho se ha discutido sobre la conveniencia de incorporar a nuestro sistema la figura de un *rapporteur*, que asumiera tanto el peso de la negociación como el planteamiento de las modificaciones técnicas necesarias como consecuencia de la tramitación, debate que en el momento actual recobra vitalidad si tenemos en cuenta que tradicionalmente ese papel lo desempeñaban *de facto* uno o varios de los ponentes del Grupo que sustenta el Gobierno, circunstancia hoy cuestionada por las mayorías parlamentarias existentes y la proliferación de proposiciones de ley, cuyos autores son muchas veces incapaces de ejercer esa función.

En la fase de Pleno, se escenifican *teatralmente* las diferentes posiciones, estando el debate centrado sobre todo en los fundamentos políticos de la norma, sin perjuicio de que negociaciones de último momento puedan hacer prosperar alguna nueva modificación.

El Reglamento del Senado reproduce las fases de tramitación que tienen lugar en el Congreso, con la excepción del debate de totalidad. Baste reseñar aquí las peculiaridades de su tramitación, comenzando por el plazo total de dos meses que le impone la Constitución (20 días en caso de urgencia) y siguiendo por la posible interposición de veto o introducción de enmiendas que, de tener éxito, deberán comunicarse al Congreso, una vez concluida la tramitación, mediante el mensaje motivado, correspondiendo a aquel finalmente la última palabra (art. 90 CE). De este papel secundario y subordinado del Senado como Cámara de segunda lectura se han derivado las críticas que, con mayor o menor fundamento, abogan por su supresión o su conversión en una auténtica Cámara de representación territorial, lo cual implicaría la modificación del procedimiento legislativo.

Por último, la *fase integradora de la eficacia* se desarrolla fuera del Parlamento, ya que corresponde al Rey la sanción, promulgación y publicación (art. 91 CE), en los términos propios de una Monarquía parlamentaria, «forma política del Estado» (art. 1.3 CE).

BIBLIOGRAFÍA

Astarloa Huarte-Mendicoa, I.: «Perspectivas de modificación del Procedimiento Legislativo ordinario», en *V Jornadas de Derecho Parlamentario*. Madrid: Congreso de los Diputados, 1998.

García Martínez, M. A.: *El Procedimiento Legislativo*. Madrid: Congreso de los Diputados, 1987.

García-Escudero Márquez, P.: *El procedimiento Legislativo ordinario en las Cortes Generales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.

PENDÁS, B.: «Procedimiento legislativo y calidad de las leyes», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 28 (1990).

Mercedes SENÉN HERNÁNDEZ
Letrada de las Cortes Generales

VER TAMBIÉN: ADMINISTRACIÓN PARLAMENTARIA / CONGRESO DE LOS DIPUTADOS / CORTES GENERALES / GRUPOS PARLAMENTARIOS / LEYES / MANDATO PARLAMENTARIO / PARLAMENTARISMO / PARLAMENTOS / REGLAMENTO PARLAMENTARIO / SENADO / TÉCNICA NORMATIVA

PROPIEDAD INTELECTUAL

La propiedad intelectual es la que tienen los autores sobre las obras de la más diversa índole que creen y, a su imagen y semejanza, los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y de grabaciones audiovisuales y las entidades de radiodifusión. Considerada como las más sagrada de todas –al no ser fruto de ocupación ni de expolio y sí del ingenio, que no roba nada a nadie–, es de antigüedad relativamente reciente, vinculada, como está, a la Revolución francesa, uno de cuyos parlamentarios, Le Chapelier, la proclamó como tal. Logro revolucionario, pues, que no instituto retrógrado.

En la primera mitad del XIX, la propiedad intelectual fue un derecho fuerte, de usar, disfrutar y disponer sin limitaciones temporales ni de contenido relevantes. En la segunda mitad de dicho siglo, empero, y por influencia directa de Víctor Hugo, fundador de la Asociación Literaria y Artística Internacional, que habría de propiciar la aparición del Convenio de Berna para la protección de la propiedad literaria y artística, la propiedad intelectual deviene temporal –aun permaneciendo perpetua la ordinaria–, aparejándosele, además, limitaciones, y así se refleja en la Ley de Propiedad Intelectual de 1879, centrada en las obras literarias y musicales.

En 1987, más de cien años después, vio la luz la vigente Ley. Aun habiendo sido modificada en numerosas ocasiones, sigue en vigor, en lo esencial, y en ella fijaré, seguidamente, la atención, como pauta explicativa, teniendo en cuenta que ha ido recogiendo las directivas europeas al respecto y ha tenido presentes los tratados internacionales sobre la materia suscritos por España.

Ello sabido, cabe decir, en primer lugar, que, en nuestra Ley de Propiedad Intelectual tienen cabida además de las materias clásicas nuevas realidades surgidas en el siglo XX, como el cine, la radio, la televisión, el cable, los fonogramas, las grabaciones audiovisuales o los programas de ordenador.

Cabe decir también, en segundo término, que lo más importante de la regulación se contiene en la primera parte del libro primero de la Ley dicha, en la que se estructura la propiedad intelectual de conformidad con las pautas de las instituciones jurídicas: sujetos, objeto, contenido, duración y límites.

Por cuanto a los sujetos respecta, es autor quien concibe y realiza una obra o la crea y ejecuta, todo ello en función de la singularidad de la obra, literaria, artística o de cualquier otra índole. Es posible que el autor sea uno solo o que sean varios los autores, en cuyo caso habría que hablar de obras de autoría plural o en colaboración –siéndolo siempre las cinematográficas, no tanto las literarias y mínimamente las plásticas–, respecto de las cuales cada uno de los intervinientes tiene derechos que pueden entrar en contradicción con los de los restantes, arbitrándose reglas para resolver el conflicto, real o potencial, con remisión, discutible, a las existentes en el Código Civil en materia de comunidad de bienes, dadas las singularidades de las obras del espíritu. Es posible, también, que las obras en las que intervienen, esporádica o permanentemente, varias o muchas personas hayan

de considerarse, como los diccionarios, obras colectivas cuya titularidad corresponde a la persona física o jurídica que las diseña y coordina, dada la fungibilidad de las aportaciones.

Respecto del objeto, hay que distinguir entre obras originales y obras derivadas. La original es la obra que no tiene ningún precedente de la que parta, al margen de que pueda inspirarse en otras de igual o diferente especie y de que la originalidad tenga que ser solo subjetiva, no requiriéndose, aquí y a diferencia de lo que sucede con las patentes, originalidad objetiva o novedad. Se protegen, por cierto, las obras buenas y las «malas» también, independientemente de que llegue a ser difícil precisar cuándo estemos en presencia de unas y otras. Las obras derivadas, por su parte, son las que implican o conllevan, de un modo u otro, transformaciones –originales también– de otras preexistentes, cual sucede con las adaptaciones, traducciones, antologías u otras obras del género. Para llevarlas a cabo, se requiere la autorización y la anuencia de los titulares de los derechos de las que hayan de ser objeto de transformación.

Respecto del contenido, se distingue entre derechos o facultades morales y patrimoniales. Los derechos morales –con semejanzas innegables con los derechos de la personalidad, de los que son concreción en ocasiones, llevando, una vez creados, vida propia– son muchos en la Ley, que, al lado de los clásicos de inédito, paternidad e integridad de la obra, introduce otros de dudosa entidad o difícil ejercicio, como el de acceso al ejemplar único o raro de la obra, o el de arrepentimiento, limitado por requisitos y cargas. Los derechos patrimoniales, de más o menos enjundia económica, son los de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación. Existen, además, el llamado derecho de colección, el de participación del autor de una obra de arte original sobre el precio de reventa –que algunos cuestionan– y el de remuneración compensatoria por copia privada, del que, en ocasiones y sin motivo alguno, se ha prescindido.

Los derechos de autor tienen señalados límites diversos –muy superiores, curiosamente, a los relativos a la propiedad ordinaria–, que se han ido extendiendo paulatinamente, al alcanzar algunos artículos que los regulan el tamaño de pequeños reglamentos. Son los siguientes: reproducciones provisionales y copias privadas; utilización de obras en procedimientos o por personas con discapacidad (término, por cierto, que hoy se predica superado); citas, reseñas o ilustraciones con fines educativos o científicos; trabajos sobre temas de actualidad; ciertas utilizaciones de bases de datos; obras utilizadas en informaciones de actualidad o sitas en vías públicas; determinadas transmisiones por satélite o cable; reproducción, préstamo o consulta de obras mediante determinados terminales; utilización de las llamadas obras huérfanas; obras ejecutadas, en fin, en actos oficiales o religiosos.

Los derechos de autor tienen, además, un límite temporal, de 70 años *post mortem auctoris*, existiendo reglas especiales respecto de singulares tipos de obras: póstumas, seudónimas, anónimas, en colaboración y colectivas. Transcurrido el tiempo fijado, las obras caen en dominio público, pudiendo ser utilizadas libre y gratuitamente por terceros, siempre que se respeten los derechos morales del autor que subsistan –señaladamente, el de paternidad y el de integridad de la obra–, respeto que, desgraciadamente, no siempre se tiene.

En los tiempos actuales, en los que internet lo abarca todo, obras del espíritu inclusas, la propiedad intelectual es vista con desconfianza, con disfavor incluso, pretendiéndose –al querer que todo circule libremente– que los derechos que la integran se reduzcan o desaparezcan, fabricándose conceptos y categorías que tal posibilitarían, como el de «internauta», calificativo casi heroico con el que se designa a los usuarios de servicios en la red, que a todo parecen tener derecho; el de «obra huérfana», cual si los bienes inmateriales fuesen personas, susceptible de utilización libre, a pesar de no ser tal otra cosa que una obra del espíritu existente cuya paternidad –que hay que presumir– se desconoce puntualmente; de derecho de acceso a la cultura como poder que ha de primar sobre los derechos de autor. Así podrían seguirse señalando circunstancias que relativizan la consistencia de la más sagrada de las propiedades, ayer como hoy; que conforma la cultura misma y es fruto de la libertad de creación constitucionalmente consagrada. Es preciso recordar, con todo y al respecto, que, siendo la propiedad un derecho constitucionalmente protegido, más lo será la intelectual, sabida su temporalidad y los muchos límites que, constriñéndola, hacen que cumpla con creces su función social. Dichos límites, no obstante y como la propia Ley de Propiedad Intelectual señala, no podrán aplicarse de forma tal que causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o vayan en detrimento de la explotación normal de sus obras, pues ello atentaría contra el contenido esencial del derecho de propiedad intelectual, atentado que viene precluido por la propia Constitución [art. 20.1 b) CE].

BIBLIOGRAFÍA

Anguita, L., cord.: *Constitución y propiedad intelectual*. Madrid: Reus, 2014.

Bercovitz, R., dir.: *Comentarios a la Ley de propiedad intelectual*. Madrid: Tecnos, 2017.

Ortega, J.: *El derecho de autor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Madrid: Reus, 2013.

Rogel, C., coord.: *Derechos morales de los autores*. Madrid: Reus, 2019.

Serrano, E., coord.: *Medios de comunicación, contenidos digitales y derecho de autor*. Madrid: Reus, 2019.

Carlos Rogel Vide
Catedrático Emérito de Derecho Civil
Universidad Complutense

VER TAMBIÉN: ABUSO DE DERECHO / AGENDA DIGITAL / BUENA FE / CÓDIGO CIVIL / CONTRATOS / DATOS PERSONALES / DERECHO CIVIL / DERECHOS SUBJETIVOS / JURISDICCIÓN CIVIL / LIBERTAD DE EXPRESIÓN / POLÍTICA CULTURAL / REGISTROS JURÍDICOS / SUCESIONES

PROVINCIA Y DIPUTACIÓN PROVINCIAL

En el marco de la Constitución Española de 1978 la provincia tiene una cuádruple dimensión: (i) es una división territorial para el cumplimiento de las actividades del Estado (art. 141 CE); (ii) es la base para la creación de las Comunidades Autónomas (art. 143 CE); (iii) es la circunscripción electoral para las elecciones al Congreso de los Diputados y al Senado (arts. 68.2 y 69.2 CE); y, (iv) es una entidad local con personalidad jurídica propia determinada por la agrupación de municipios (art. 141 CE).

A) La provincia como *división territorial para el cumplimiento de las actividades del Estado.*

La Constitución de 1812 previó que se haría una división más conveniente del territorio español. En 1822 se aprobó una división provincial que solo tuvo carácter provisional. Tras la muerte de Fernando VII se inició una reforma administrativa para llevar la prosperidad a los pueblos, que se sustentó en la idea de una Administración centralizada que llegara rápidamente y de manera uniforme a todo el territorio del Reino. Para llevar a cabo esa reforma en 1833 se nombró a Francisco Javier de Burgos, secretario de Estado y del Fomento General del Reino. El 23 de octubre de ese mismo año se aprobó el Decreto por el que se crearon los subdelegados principales de Fomento en las provincias, y la Instrucción que asignó a esos agentes del Estado amplias funciones, entonces llamadas de fomento, como la agricultura, la industria, la instrucción pública en general, la sanidad, la beneficencia, la policía, las obras públicas, etc. Posteriormente, el Real Decreto de 30 de noviembre de 1833 estableció la división provincial en España y creó cuarenta y nueve provincias integradas por pueblos.

Los subdelegados principales de Fomento se denominaron posteriormente gobernadores civiles (hoy subdelegados del Gobierno en las provincias) y fueron evolucionando en cuanto a sus funciones y características. Aunque inicialmente se configuraron como órganos de fomento de la prosperidad de los pueblos, con cierto carácter técnico, pronto perdieron muchas de sus funciones iniciales porque los distintos Ministerios crearon su propia Administración periférica (las delegaciones o direcciones provinciales) al margen de los gobernadores civiles, y estos se concentraron en actividades de mayor relevancia política como el orden público, los procesos electorales y el control de las entidades locales.

La provincia es una división territorial del Estado en la que actúa su Administración periférica, por mandato constitucional, aunque no es la única posible; como tal, ha perdido protagonismo por el desarrollo de las Autonomías.

B) La provincia es la *base para la creación de las Comunidades Autónomas.*

El art. 143 de la Constitución previó que el derecho de autonomía, para constituirse en Comunidades Autónomas, correspondía a las provincias limítrofes, con características históricas, culturales y económicas comunes, a los territorios insulares y a las provincias con entidad regional histórica, aunque se dispuso en el art. 144 que otros sujetos podrían acceder a la autonomía si así lo decidían las Cortes Generales, mediante una ley orgánica por motivos de interés nacio-

nal. Se refería este último precepto a la posibilidad de autorizar la constitución de una Comunidad Autónoma cuando su territorio no superase el de una provincia o no reuniera los requisitos del art. 143 (Comunidad Autónoma de Madrid) o de autorizar un Estatuto de Autonomía para territorios que no estuvieran integrados en la organización provincial (Ceuta y Melilla).

C) La provincia como *circunscripción electoral* para las elecciones al Congreso de los Diputados y al Senado.

La provincia ha sido históricamente en España la circunscripción electoral para las elecciones a Cortes. Siguiendo el diseño del régimen electoral de las anteriores normas de la Transición, el art. 68 de la Constitución establece que la circunscripción electoral es la provincia, y que Ceuta y Melilla estarán representadas cada una de ellas por un diputado. Y el art. 69 dispone que en cada provincia se elegirán cuatro senadores, y en las provincias insulares, cada isla o agrupación de ellas, con Cabildo o Consejo insular, constituirá una circunscripción a efectos de elección de senadores, correspondiendo tres a cada una de las islas mayores –Gran Canaria, Mallorca y Tenerife– y uno a cada una de las siguientes islas o agrupaciones: Ibiza-Formentera, Menorca, Fuerteventura, Gomera, Hierro, Lanzarote y La Palma.

Dada la importancia de la provincia como circunscripción electoral, la alteración de sus límites solo puede ser modificada mediante ley orgánica (art. 141.1 CE).

D) La provincia como *entidad local.*

Las Diputaciones provinciales tienen su origen en la Constitución de 1812, aunque el carácter de entidad local se configuró en la Ley provincial de 20 de agosto de 1870 y en el Estatuto provincial de 1925.

La provincia es una entidad local con personalidad jurídica propia, determinada por la agrupación de municipios (art. 141 CE) y que goza de autonomía, reconocida constitucionalmente, para la gestión de sus respectivos intereses. No tiene una población ni un territorio propio, pues ambos son los de los municipios que la integran. La organización provincial reside en la Diputación provincial, que se estructura en órganos necesarios como son el presidente, los vicepresidentes, el Pleno, la Junta de gobierno y las Comisiones informativas, y órganos complementarios.

Las funciones iniciales de las Diputaciones provinciales fueron de control de los municipios, pero posteriormente se extendieron a la prestación de servicios y a la asistencia técnica y económica a los municipios pequeños, que es en la actualidad su núcleo esencial de actividad.

Existen regímenes provinciales especiales, y alguna singularidad autonómica: (i) no existen Diputaciones provinciales en las Comunidades Autónomas uniprovinciales (Asturias, La Rioja, Murcia, Baleares y Madrid) por lo que la representación de los intereses provinciales recae en la Comunidad Autónoma; (ii) tampoco existen en las provincias del País Vasco, cuyos Territorios Históricos cuentan con Juntas generales y Diputaciones forales; (iii) en las provincias canarias los intereses provinciales son representados por las Mancomunidades provinciales interinsulares, que son entes asociativos de los Cabildos insulares, los cuales ostentan las competencias de las Diputaciones provinciales. En el caso de Baleares, las competencias provinciales corresponden a los Consejos insulares; y, (iv) Las veguerías del Estatuto

de Cataluña (2006) no afectan a las provincias, y son entidades autonómicas de la organización de la Generalidad de Cataluña (STC 31/2010, de 28 de junio).

La provincia como división territorial para la actuación de la Administración periférica del Estado podría recuperar protagonismo tras un proceso eventual de reforma del modelo autonómico. No obstante, la división territorial para la desconcentración de competencias del Estado podría responder a otros criterios más eficientes, si fuera el caso, en función de la extensión, población y economía de los territorios, así como de la proximidad al ciudadano.

Como circunscripción electoral para las elecciones a las Cortes Generales, la provincia cuenta con una larga tradición histórica en España. Sin embargo, se han planteado otros modelos electorales como la circunscripción única, o la autonómica, que pueden ser más representativos, pero que alejarían aún más al representante de los representados y de los intereses de los territorios provinciales.

En cuanto a entidad local, siempre ha sido discutida, e incluso, en algún momento, suprimida y reestablecida. Algunos consideran que las Diputaciones provinciales son organizaciones anacrónicas e innecesarias y que deben ser eliminadas. Ahora bien, las provincias cuentan con un fuerte arraigo en España, cumplen una importante y necesaria función de asistencia a los municipios de menos población y, con las reformas adecuadas, pueden ser muy útiles para vertebrar los territorios y garantizar la igualdad de todos los españoles.

BIBLIOGRAFÍA

Escribano Collado, P.: «Provincias y Diputaciones: una polémica sin proyecto institucional», en *Memorial para la reforma del Estado: estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado,* vol. II. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2016.

Gómez-Ferrer Morant, R., dir.: *La provincia en el sistema constitucional*. Madrid: Civitas, 1991.

Guaita Martorell, A.: «Las provincias españolas a partir de la Constitución de 1978», en *Revista de Administración Pública,* 94 (1981).

Martín-Retortillo Baquer, S.: «En torno a la organización provincial», en *Revista de Administración Pública,* 93 (1980).

Morell Ocaña, L.: «La concepción constitucional de la provincia como entidad local», en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría,* vol. IV. Madrid: Civitas, 1991.

Miguel Ángel Recuerda Girela
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Granada

VER TAMBIÉN: ADMINISTRACIÓN LOCAL / ADMINISTRACIONES PÚBLICAS / DERECHO ADMINISTRATIVO / ESTADO DE LAS AUTONOMÍAS / JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA / MUNICIPIO Y AYUNTAMIENTO / ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA / SECTOR PÚBLICO / SERVICIO PÚBLICO

REAL ACADEMIA DE CIENCIAS MORALES Y POLÍTICAS

«Me consta que su nombre ha sonado dos o tres veces, y de modo muy favorable, en la Academia de Ciencias Morales». Con este comentario, el personaje de Marcel Proust (en *A la sombra de las muchachas en flor*, segundo volumen de su inmortal *À la recherche du temps perdu*, 1919-1927) hace suyo el prestigio alcanzado en Francia por la Academia de Ciencias Morales y Políticas, fundada en 1795, luego suprimida, y al fin reestablecida por F. Guizot, prototipo del liberalismo doctrinario, en 1832. Al igual que en otras instituciones, el modelo francés influye en la formación de las Academias españolas. La Real Academia de Ciencias Morales y Políticas (RACMYP) es la quinta según el orden fundacional de las diez instituciones que integran el Instituto de España, por detrás de la Española, la de la Historia, la de Bellas Artes de San Fernando y la de Ciencias Exactas, Físicas y Naturales.

Es lógico que hasta bien entrado el XIX (Real Decreto de 30 de septiembre de 1857), en plena época isabelina, no se tomara la decisión de crear una Academia específica orientada a estas cuestiones. «Morales» y «Políticas» se conciben entonces (y aún hoy conservan ese sentido original) como ciencias «enciclopédicas», incluyendo desde la Teología y la Filosofía hasta la Economía Política, pasando por el Derecho en muchas de sus ramas, la entonces naciente Sociología, la Antropología y la Ciencia Política *strictu senso*, todavía entonces incorporada más bien al Derecho Político, la Teoría del Estado o la Historia de las Ideas. El estudio de los académicos históricos de la RACMYP visto desde el punto de vista de su principal ocupación intelectual es un enfoque muy interesante para examinar la evolución de las Ciencias sociales en España. Todo ello sin olvidar que, ya desde el principio, la Academia recibe entre sus miembros a eclesiásticos y militares de máximo rango y a políticos (entre ellos, un jefe de Estado, Niceto Alcalá-Zamora, y 19 presidentes del Gobierno), diplomáticos o magistrados distinguidos en el ámbito correspondiente, seña de identidad de una institución abierta que funciona al margen de esquemas rígidos y burocráticos.

Fundada en 1857 en virtud de la Ley de Instrucción Pública, la Corona nombró, a propuesta del Gobierno, a la mitad de sus individuos, dieciocho, quienes eligieron poco después a otros dieciocho miembros, quedando así formada la primera promoción de académicos. Fue su primer presidente Pedro José Pidal, marqués de Pidal (1857-1865), a quien sucedieron en el puesto otras ilustres personalidades: Lorenzo Arrazola (1866-1868), Florencio Rodríguez Vaamonde (1869-1886), Manuel García Barzanallana (1886-1892), Francisco de Cárdenas (1892-1898), Laureano Figuerola (1898-1903), Antonio Aguilar y Correa (1903-1908), Alejandro Groizard y Gómez de la Serna (1908-1919), Joaquín Sánchez de Toca (1919-1936), Antonio Goicoechea (1939-1953), José Gascón y Marín (1953-1962), José M.ª de Yanguas Messía (1962-1974), Alfonso García-Valdecasas (1974-1984), Luis Díez del Corral (1984-1990), Enrique Fuentes Quintana (1990-2007), Sabino Fernández Campo (2007-2009), Marcelino Oreja Aguirre (2010-2014), Juan Velarde Fuertes (2014-2018) y Miguel Herrero y Rodríguez de Miñón, actual presidente.

La RACMYP se rige por los Estatutos redactados en 1859, actualizados por última vez en 2015; el primer Reglamento fue aprobado en 1884, siendo el actual de 2016. Actualmente la Academia se compone de 44 académicos numerarios, 2 supernumerarios, y 50 correspondientes y honorarios españoles y extranjeros. La Mesa Directiva, elegida cada tres años, se encarga del funcionamiento de la Academia, en tanto que los académicos se reparten en cuatro secciones, a saber, Ciencias Filosóficas, Ciencias Políticas y Jurídicas, Ciencias Sociales y Ciencias Económicas.

Desde su fundación hasta hoy se contabilizan 299 académicos numerarios procedentes de todos los campos de las Ciencias sociales: Economía, Filosofía, Derecho, Política, Sociología, Teología, Pedagogía… Todos los académicos, excepto los 36 primeros de 1857, leen un discurso de ingreso en el acto de su recepción; esta es su primera contribución al *corpus* bibliográfico de la Academia, que desde su fundación ha conocido diferentes colecciones, como son las «Memorias», «Extractos de discusiones», «Papeles y Memorias» y «Anales», la actual publicación de carácter anual que recoge todas las intervenciones de los académicos en las sesiones de los martes. Se completa la producción bibliográfica de la RACMYP con monografías especializadas, homenajes, necrológicas y la serie de «Memorias premiadas en los concursos públicos». Además, la RACMYP es coeditora de la colección «Clásicos del Pensamiento Económico Español». Un convenio con el BOE, firmado en 2019, inicia una nueva etapa para las publicaciones académicas.

La RACMYP cuenta con una espléndida biblioteca de más de 200.000 volúmenes, de los que unos 25.000 corresponden a fondo antiguo, resaltando la colección de 44 incunables. La biblioteca fue parte esencial de la Academia desde su fundación (el primer catálogo data de 1864 y contiene 1.840 títulos) y se fue formando a través de compras, intercambios y diversas donaciones. Algunos académicos fueron verdaderos bibliófilos, como Francisco de Cárdenas y Joaquín Sánchez de Toca, y sus colecciones acabaron formando parte de la biblioteca de la Academia; otras donaciones destacables son las de José M.ª Cordero Torres, Gonzalo Fernández de la Mora, Antonio Truyol y Serra, Salustiano del Campo, Luis González Seara y Pablo Lucas Verdú. Asimismo, la RACMYP ha sido receptora de bibliotecas de personalidades ajenas a la Academia, como Francisco Elías de Tejada o Román Perpiñá Grau. Cabe destacar asimismo la incorporación de diversos archivos personales tanto de académicos (Rufino Blanco, Marcelino Oreja, conde de los Andes, Enrique Fuentes Quintana), como de otras personalidades de la política española (Antonio Flores de Lemus, Alfonso Osorio, Emilio Lamo de Espinosa y Enríquez de Navarra). La página web de la RACMYP (www.racmyp.es) ofrece información completa y actualizada sobre los académicos, las actividades y publicaciones de la institución, así como acceso al catálogo de la biblioteca.

La primera sede de la RACMYP estuvo situada en la Casa de la Panadería, en la Plaza Mayor; poco después, por Real Orden de 30 de abril de 1866, el Ministerio de Fomento le asignó como sede la Casa y Torre de los Lujanes, en la Plaza de la Villa, el edificio civil más antiguo de Madrid, que fue comprado por el Estado al conde de Oñate para salvarlo de la demolición. En 1996 la RACMYP y el Ayuntamiento de Madrid firmaron un convenio por el cual se cedía a la Academia el edificio anejo que ocupaba

la antigua Hemeroteca Municipal, la conocida como Casa de don Álvaro de Luján, lo que permitió ampliar considerablemente el espacio dedicado a biblioteca.

Así pues, bajo el Alto Patronazgo que ostenta Su Majestad el Rey (de acuerdo con el art. 62 de la Constitución), la RACMYP mantiene una actividad permanente en el cumplimiento de sus funciones, tanto en el ámbito interno (sesiones ordinarias todos los martes) como en el externo, con actos públicos (presentaciones de libros, seminarios, etc.) que ponen a la institución en contacto con la sociedad española, prestando especial atención a las relaciones con las Academias iberoamericanas, objeto prioritario de la política cultural española. Junto a las grandes cuestiones históricas, la Academia no pierde de vista la actualidad: así, el debate territorial en España, los problemas que plantea la globalización o las últimas corrientes de pensamiento son objeto de atención permanente. *Verum, iustum, pulchrum* es el emblema que preside la actividad académica, siempre concebida al servicio del interés general de España.

BIBLIOGRAFÍA

Diego García, E. de: *1857-2007. La Real Academia de Ciencias Morales y Políticas: Cultura y política en la España contemporánea*. Madrid: Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 2009

Ramírez Jerez, P.: *Vida y Academia: Quince semblanzas biográficas*. Madrid: Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 2016.

VV. AA.: *Académicos vistos por académicos*. Madrid: Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1996-1997. 2 vol. (T. I: Seis políticos españoles; T. II: Juristas y filósofos).

Benigno Pendás
Académico de Número y Vicepresidente de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas

Pablo Ramírez Jerez
Bibliotecario de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas

VER TAMBIÉN: CORONA / POLÍTICA CULTURAL / REALES ACADEMIAS

REALES ACADEMIAS

El *Diccionario Crítico Etimológico Castellano e Hispánico* (Joan Corominas y José A. Pascual, col.) refiere el término «Academia, tomado del lat. *Academīa* o *Academĭa* "la escuela de filosofía platónica", y este del gr., propiamente "el jardín de Academos, donde enseñaba Platón". *1.ª doc.*: h. 1440.» Como *Achademia* aparece, con el mismo sentido, en el *Uniuersal Vocabulario en latín y en romance*, de Alfonso Palencia, editado como libro en 1490. El t. I (A. B.) del «*Diccionario de Autoridades*» de la Real Academia Española recoge «ACADEMIA. Academia: Es también la Junta ò Congresso de personas eruditas, que se dedican à el estudio de las buenas letras, y à tratar y conferir lo que condúce à su mayor ilustración». Por último, la Edición del tricentenario (23.ª) del *Diccionario de la Lengua Española* define «academia. 1. Sociedad científica, literaria o artística establecida con autoridad pública».

La fundada por Platón, en el siglo IV a. C., es la Academia por antonomasia. Destruida durante la Primera Guerra Mitridática (90-85 a. C.), refundada en el año 410 y clausurada definitivamente en el año 529. En la futura China, el periodo de los Estados Guerreros o Combatientes (475-221 a. C.) fue, igual que en la lejana Grecia, una edad de oro de creatividad intelectual; la fundación de una Academia en el Estado de Qi fue uno de sus momentos más radiantes. Conocida como Academia Chi-hsia o Jixia, creada en la misma época que la platónica, no es familiar en Occidente.

La consolidación del conocimiento práctico y la investigación experimental, consecuencias de la revolución científica de los siglos XVI y XVII, exigió nuevas instituciones al margen de una periclitada Universidad medieval. Inicialmente, las más importantes se establecieron, principalmente, en las cortes principescas y como academias informales. En el cénit de su desarrollo, las Academias, al conseguir una importante concentración de científicos en un ambiente común, fueron, a finales del siglo XVII, los lugares reales de la actividad científica.

En relación con este panorama, totalmente novedoso a comienzos del siglo XVII, muy poco se conoce de las actividades de las sociedades científicas anteriores a la *Academia dei Lincei*, fundada en el año 1603. Al menos tres academias científicas existieron en la segunda mitad del siglo XVI. La *Academia Segreta*, organizada en Nápoles en 1542; la *Academia dei Segreti*, establecida en la misma ciudad en 1560, y la *Academia de Matemáticas de Madrid*, creada por Felipe II, en 1582. Ninguna de ellas avistó el nuevo siglo en su concepción original.

Desde 1583 funcionaba en Florencia la *Accademia della Crusca*. En 1617 se fundó la primera academia alemana, *Die Fruchtbringende Gesellschaft*; poco después, en 1635, se daba carácter oficial a la *Académie Française*. Todas ellas de carácter filológico. Otras instituciones retomaron otros campos de la cultura: la ciencia que entonces despegaba. En Gran Bretaña, la *Royal Society of London* data de 1616; la *Académie des Sciences* de París fue fundada en 1666; la *Deutsche Akademie* de Berlín tuvo su origen en la *Societas Regia Scientiarum*, constituida en 1700.

En España, apenas subió Felipe V (1700-1746) al trono, es cierta la protección real, que elevó al rango de Academias

«tertulias de amigos» escogidas, bien fueran literarias, médicas o científicas. Durante el reinado de Fernando VI (1746-1758), tanto el 1.er Marqués de la Ensenada como José de Carvajal y Lancáster patrocinaron la idea de una Academia de Ciencias, y D. Ignacio de Luzán y Latassa redactó, en 1750-1, un «Plan de una Academia de Ciencias y Artes en que se habían de refundir la Española y la de la Historia», intentos, todos ellos, fallidos. Con Carlos III (1759-1788), que «reunió Naturaleza y Arte bajo un mismo techo para pública utilidad en el año 1774», los condes de Peñaflorida y de Campomanes daban impulso a las Sociedades Económicas de Amigos del País.

Las Reales Academias españolas decanas datan del siglo XVIII: Española (1714), Medicina y Cirugía de Valladolid (1731), Medicina Matritense (1734), Historia (1738), Bellas Artes de San Fernando (1744), Bones Lletres de Barcelona (1752), Bellas Artes de San Carlos de Valencia (1772), Jurisprudencia y Legislación de Granada (1772), Bellas Artes de la Purísima Concepción de Valladolid (1779), Medicina y Cirugía de Granada (1783) y Nobles y Bellas Artes de San Luis de Zaragoza (1792, reinado de Carlos IV). Algunas de ellas (Española, Historia y Bellas Artes de San Fernando) fueron fundadas con carácter nacional; otras (Medicina de Valladolid, de Madrid y de Granada, y Bones Lletres de Barcelona) lo fueron con vocación territorial, y un tercer grupo (Bellas Artes de San Carlos, de la Purísima Concepción y de San Luis) lo fueron por invitación de la de Bellas Artes de San Fernando, con carácter provincial.

Durante el siglo XIX, en el reinado de Isabel II (1833-1868) se fundaron nuevas Academias: Real Academia de Ciencias Exactas, Físicas y Naturales, en 1847, como continuación de la Academia de Ciencias de Madrid, y la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas en 1857. El caso de las Reales Academias de Medicina es particular; aquellas denominadas de Distrito habían sido creadas por Real Cédula de 31 de enero de 1831 (reinado de Fernando VII), quedando las más veteranas englobadas en dicha denominación y de ellas se desgajó la de Madrid en 1861 como Real Academia Nacional de Medicina.

Tras aquel periodo de formalización estatutaria y trabajo de las diversas Academias sucedieron, setenta años después, una serie de acontecimientos que incidieron de manera directa en ellas alterando marcadamente su actividad y pervivencia. En abril de 1931 se publicaba un Decreto cuyo artículo primero recoge: «Quedan suprimidas para todas las Academias [...] las denominaciones que expresen o reflejen la dependencia o subordinación respecto del régimen monárquico suprimido». Un quinquenio después, en septiembre de 1936, aparecía el Decreto por el que «artículo 1.º Quedan disueltas todas las Academias dependientes del Ministerio de Instrucción Pública y Bellas Artes; a saber: las Academias Española, de la Historia, de Bellas Artes de San Fernando, de Ciencias Exactas, Físicas y Naturales, de Ciencias Morales y Políticas y Nacional de Medicina. Los edificios y patrimonios se pondrán bajo la custodia directa del Ministerio. Todos los miembros de estas Academias, cualquiera que sea su carácter o título de su designación, cesarán en sus funciones; artículo 2.º Se crea un Instituto Nacional de Cultura […] que se compondrá (art. 4.º) de las siguientes Secciones: Lengua y Literatura (Esta Sección se denominará «Academia Española de Lengua y Literatura), Historia, Ciencias Sociales, Medicina, Ciencias Matemáticas y Físico-Químicas, Ciencias Naturales y Bellas Artes. El artículo 5.º explicita:

«Los puestos de Dirección del Instituto Nacional de Cultura y de sus Secciones se proveerán por designación del Ministerio de Instrucción Pública y Bellas Artes […]». Por último, una disposición de marzo de 1937, refiere: «Disueltas las Academias Nacionales por Decreto de 15 de septiembre de 1936 […] Este Ministerio acuerda asumir por sí mismo el Patronato de todas las fundaciones que administraban las Academias disueltas».

Apenas tres meses después, un Decreto de 8 de diciembre de 1937 procede a «la convocatoria de las Reales Academias de España, cuyas tareas se encuentran desde hace tiempo interrumpidas. Las Academias conservarían en lo sucesivo el título de Reales, en alusión a su origen histórico». El dos de enero de 1938 se constituye «el Instituto de España con el conjunto de Académicos Numerarios de las Reales Academias de la Lengua Española, de la Historia, de Ciencias Exactas, Físicas y Naturales, de Ciencias Morales y Políticas, de Bellas Artes y de Medicina», y «se ordena el reingreso o ingreso de los señores académicos». En junio de 1941, una comunicación del Ministerio de Educación Nacional explicita que «deben considerarse como baja de esa Docta corporación» una serie de académicos. Habría que esperar a 1966 cuando un Decreto del Ministerio de Justicia «concede indulto total de las sanciones pendientes de cumplimiento derivadas de la legislación especial de responsabilidades políticas» para volver a una situación académica «normal».

En 1947 unos nuevos Estatutos reorganizan la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, sucesora de la Academia Matritense de Jurisprudencia y Legislación que, en 1932 pasó a denominarse Academia Nacional de Jurisprudencia y Legislación. En aquel mismo año se dota de Estatutos a la Real Academia Nacional de Farmacia. En 1941, el entonces Ministerio de la Gobernación aprueba los Estatutos de la Academia de Ciencias Económico-Financieras para, en 1958, consolidar la denominación de Real Academia de Ciencias Económicas y Financieras, cuyos Estatutos fueron ratificados por Real Decreto en 1979. La Real Academia de Ingeniería se creó por Real Decreto en 1994. La normalización democrática quedó refrendada por la Constitución Española de 1978: título II. De la Corona, art. 62. Corresponde al Rey: j) El alto patronazgo de las Reales Academias. Sin embargo, el Instituto de España mantuvo sus desfasados Estatutos, remozados en 1947, hasta septiembre de 2010, cuando son las Reales Academias y no los académicos, quienes lo integran.

Las diez Reales Academias Nacionales indicadas conforman el Instituto de España, al que están asociadas 61 Reales Academias o Academias ubicadas en las diferentes Comunidades Autónomas y cuya gestión está transferida (existen varias Academias que no están asociadas al IdE). Una de las asociadas tiene carácter nacional, la Real Academia de Ciencias Veterinarias de España; otra está bajo los auspicios del Ministerio de Asuntos Exteriores (Real Academia Hispano Americana de Ciencias, Artes y Letras). Aparecen en los Presupuestos Generales del Estado, aunque sin relación con el Instituto de España, tres instituciones nacionales: Real Academia de Doctores de España, Real Academia de Gastronomía y Academia de Psicología; y varias comunitarias: Institut d'Estudis Catalans, Euskaltzandia, Eusko Ikaskuntza, Jakiunde y Real Academia Galega.

Como resumen de la actividad pasada y, sobre todo, futura de las Reales Academias se recogen las palabras pronunciadas por su S. M. el Rey D. Felipe VI en la apertura del curso académico 2015-2016, un año después de ser proclamado ante las Cortes

Generales en junio de 2014: «Para avanzar en el bienestar colectivo debemos contar, hoy más que nunca, con la aportación de los intelectuales, de los pensadores; de hombres y mujeres comprometidos con su país. Como fuentes y referentes de conocimiento, sí; pero también de valores, de esfuerzo, de serenidad y solidez en nuestro afán de avanzar y mejorar continuamente. «En un tiempo nuevo, caracterizado por la sociedad del conocimiento y el rápido avance de las tecnologías, es preciso también que las Reales Academias y las instituciones volcadas en el saber asuman, incorporen e incluso lideren el progreso científico-técnico, afirmando su presencia en las nuevas vías de comunicación que se afianzan cada vez más en nuestra sociedad y que son las nuevas plataformas de diálogo en el futuro. En este proceso son fundamentales los jóvenes, no solo como beneficiarios en términos de formación y de oportunidades de trabajo, sino como auténticos agentes de modernización capaces de facilitar, interpretar y desarrollar con nuevos lenguajes esta inevitable evolución». Así mismo, el Rey mencionó que «en el ámbito internacional, es evidente que la proyección de las Reales Academias es la de la misma España. Son verdaderamente notables y numerosos los marcos de colaboración en el terreno del conocimiento existentes en el ámbito iberoamericano, pues la Comunidad Iberoamericana de Naciones y aquellos países con los que compartimos afinidades históricas, lingüísticas y culturales representan siempre un campo de acción privilegiado. Ahora se trata de que las Reales Academias sigan tomándolo como referente y como espacio prioritario para la acción y la colaboración».

BIBLIOGRAFÍA

Aguilar Piñal, F.: «Las Academias», en *Historia de España Menéndez Pidal*, J. M.ª Pidal Zamora, dir., «La Época de los Primeros Borbones. La Cultura Española entre el Barroco y la Ilustración» (circa 1680-1759); t. XXIX, v. II.

Carnero, G.: «Plan de una Academia, de Ignacio Luzán», en *Nueva Revista de Filología Hispánica*, 37:1 (1989).

Llombart Rosa, V.: «Sociedades económicas e Ilustración en el reinado de Carlos III», http://rseap.webs.upv.es/Anales/87_88/A_Sociedades_Economicas_e_Ilustracion.pdf.

Roca, P.: «Orígenes de la Real Academia de Ciencias (Historia científica del primer Gobierno de Fernando VI)», en *Homenaje a Menéndez y Pelayo en el Año Vigésimo de su Profesorado: Estudios de Erudición Española*. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1899.

Sánchez, J.: *Academias Literarias del Siglo de Oro Español*. Madrid: Gredos, 1960.

Sarrailh, J.: *La España Ilustrada de la segunda mitad del siglo XVIII*. México: Fondo de Cultura Económica, 1957.

VV. AA.: *Las Reales Academias del Instituto de España*. Madrid: Alianza, Instituto de España, 1992.

Pedro R. García Barreno

Académico de Número de la Real Academia Española

Académico de Número de la Real Academia de Ciencias Exactas, Físicas y Naturales

VER TAMBIÉN: CORONA / POLÍTICA CULTURAL / REAL ACADEMIA DE CIENCIAS MORALES Y POLÍTICAS

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD

El principal proceso de los que conoce el Tribunal Constitucional es el recurso de inconstitucionalidad. Según el 161.1.a) CE, el TC es competente, en primer lugar, para conocer del recurso de inconstitucionalidad «contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley». Esta función es un trasunto de la *judicial review* propia del sistema anglosajón, que supone un enjuiciamiento judicial difuso de la constitucionalidad de las leyes. La especialidad de la jurisdicción concentrada, característica de nuestro sistema y que tiene su origen en el modelo de Kelsen, radica en que el monopolio de rechazo de la constitucionalidad de las leyes se atribuye a un único tribunal.

La importancia del recurso de inconstitucionalidad deriva de que la jurisprudencia constitucional se integra en el proceso normativo de desarrollo de la Constitución. La interpretación de esta por el TC implica la aportación de nuevas soluciones normativas. En un primer momento, el modelo de jurisdicción concentrada se fundó en atribuir al Tribunal una función de legislador negativo, con capacidad para declarar la inconstitucionalidad de las leyes con eficacia derogatoria, pero sin la posibilidad de incidir en el proceso de creación normativa reservada al legislador democrático. Este modelo, sin embargo, al irse plasmando en la realidad, ha sufrido importantes matizaciones, pues en la actualidad se entiende que el efecto de la inconstitucionalidad es la nulidad radical de la ley y que las facultades interpretativas del TC pueden trascender al fallo. Por otra parte, se han atribuido nuevas competencias a los Tribunales Constitucionales como, en el caso de España, la cuestión de inconstitucionalidad, el recurso de amparo y los conflictos constitucionales de competencia.

Dado el papel normativo que, aun de manera impropia, se atribuye mediante este recurso al TC, constituyen su objeto todas las disposiciones con fuerza de ley, es decir, aquellas que no pueden ser revisadas por los tribunales ordinarios. Queda al margen, en principio, el Derecho interno de rango legislativo contrario al Derecho europeo, cuya primacía obliga a los tribunales ordinarios a inaplicar aquel por carecer de validez. Esto no significa que el Derecho europeo no pueda tener acceso al TC de manera indirecta, principalmente a través del recurso de amparo (STC 63/2018, de 7 de junio) o del planteamiento de cuestiones prejudiciales por el propio TC (*vid.* STC 26/2014, de 13 de febrero, caso *Melloni*).

Son objeto del recurso de inconstitucionalidad incluso aquellas disposiciones que no tienen carácter formal de ley, sino valor, rango o fuerza de ley, como ocurre con los tratados internacionales, con los reglamentos de las Cámaras estatales y autonómicas (art. 27 LOTC), con la declaración gubernamental del estado de alarma (STC 83/2016, de 28 de abril) y con los acuerdos del Senado dictados en aplicación del art. 155 de la Constitución (STC 90/2019, de 2 de julio).

Plantean una cuestión especial las disposiciones que integran el llamado bloque de la constitucionalidad. Se ha pretendido en ocasiones preservar de la jurisdicción constitucional los Estatutos de Autonomía, especialmente si han sido sometidos a referéndum en el territorio respectivo. La STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 3, declara que la ca-

lificación aplicada a las normas materialmente constitucionales al margen de la Constitución formal «no tiene mayor alcance que el puramente doctrinal o académico». Por consiguiente, no afecta a su subordinación a la Constitución y a su examen por el TC. El legislador ha tratado de solventar el problema recuperando un recurso previo de inconstitucionalidad contra proyectos y propuestas de reforma de Estatutos de Autonomía. Se reconoce, sin embargo, que el recurso previo no impide la interposición de posteriores recursos de inconstitucionalidad (art. 79 LOTC, introducido por la L.O. 12/2015, de 22 de septiembre).

También se ha planteado el problema respecto de la LOTC. El TC ha declarado que la sujeción del Tribunal «solo» a la Constitución y a dicha Ley, proclamada en su art. 1, tiene consecuencias en el examen de su constitucionalidad, pues este debe limitarse a revisar las contradicciones de carácter evidente (STC 185/2016, de 3 de noviembre, FJ 3).

El TC ha aceptado entrar a conocer de la constitucionalidad de las normas forales fiscales de los territorios de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya por mor de la disposición adicional quinta de la LOTC, aun admitiendo que tienen la naturaleza de normas de rango reglamentario (STC 118/2016, de 1 de diciembre).

Otro rasgo fundamental del sistema de control constitucional concentrado es la restricción de la legitimación a determinados órganos o sujetos políticos. En nuestro Derecho, la legitimación para interponer un recurso de inconstitucionalidad corresponde al presidente del Gobierno, Defensor del Pueblo, 50 diputados, 50 senadores y a los órganos legislativos y ejecutivos de las Comunidades Autónomas (art. 162 CE). El carácter amplio de esta fórmula constitucional ha determinado que la LOTC, al amparo del art. 165 CE, haya procedido a limitar la legitimación de los órganos de las Comunidades Autónomas a la impugnación de las disposiciones con fuerza de ley del Estado que afecten a su ámbito de autonomía (art. 32.2), lo cual ha planteado discusiones doctrinales que han sido llevadas al propio TC. Este ha rechazado que los gobiernos de las Comunidades Autónomas puedan recurrir de inconstitucionalidad las leyes de sus propias Asambleas legislativas (STC 223/2006, de 6 de julio). Esto se entiende sin perjuicio de que el conflicto constitucional de competencia, cuando la controvertida haya sido atribuida por una ley o norma con rango de ley, se tramitará en la forma prevista para el recurso de inconstitucionalidad (art. 67 LOTC).

En torno a la legitimación se plantean los problemas de sucesión procesal que pueden darse cuando se renueva la legislatura sin que se haya decidido un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por 50 diputados o 50 senadores, pues resulta dudoso definir quiénes de los elegidos para la nueva legislatura ocupan –si es que es así– el lugar de quienes han conformado el grupo recurrente a efectos, por ejemplo, de un posible desistimiento del recurso (art. 80 LOTC). La cuestión, de capital importancia, no ha sido resuelta por el TC.

El procedimiento para la resolución de los recursos de inconstitucionalidad tiene carácter convocatorio. Se llama al Congreso de los Diputados, al Senado y al Gobierno, así como, en su caso, a los órganos legislativo y ejecutivo de la Comunidad Autónoma (art. 34 LOTC). No se permite la participación de los interesados ni se acepta la presentación de escritos *amicus curiae*, frecuente en el Derecho anglosajón.

El proceso, en suma, es de naturaleza objetiva. El recurso de inconstitucionalidad presenta en este aspecto algunas diferencias con la cuestión de inconstitucionalidad (art. 163 CE), mediante la cual los jueces o tribunales pueden plantear al TC sus dudas sobre la constitucionalidad de las leyes. En la cuestión se exige que el tribunal promovente justifique su relevancia para la resolución del asunto judicial planteado y se permite (art. 37.2, introducido por la L.O. 6/2007, de 24 de mayo) la participación de quienes son parte en el proceso judicial originario. Sin embargo, el juicio que realiza el TC es también un juicio objetivo sobre la constitucionalidad de la ley.

Los efectos de la sentencia del TC en los procedimientos de inconstitucionalidad se regulan cuidadosamente en la LOTC partiendo de la noción de nulidad de pleno derecho, efectos *erga omnes* y cosa juzgada (arts. 38 a 40 LOTC).

Una característica importante en los recursos de inconstitucionalidad no recogida en la LOTC radica en que las sentencias no siempre tienen carácter perentorio, sino que pueden ser interpretativas. Se distinguen aquellas en las que la interpretación que considera procedente el TC para mantener la constitucionalidad de la norma se lleva al fallo y aquellas otras en las cuales la interpretación que se considera constitucional se formula exclusivamente en los fundamentos jurídicos. También existen ejemplos en la jurisprudencia constitucional de sentencias que modulan temporalmente el efecto de la inconstitucionalidad o que limitan el pronunciamiento a una apelación al legislador.

BIBLIOGRAFÍA

Caamaño Domínguez, F., *et al.*: *Jurisdicción y procesos constitucionales*. Madrid: McGraw-Hill, 1997.

Díaz Revorio, F. J.: *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*. Valladolid: Lex Nova, 2001.

García Martínez, A.: *El recurso de inconstitucionalidad*. Madrid: Trivium, 1992.

Pérez Tremps, P.: *Sistema de justicia constitucional*. Madrid: Civitas, 2016.

Urías Martínez, J.: *La tutela frente a leyes*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

Juan Antonio Xiol Ríos
Magistrado del Tribunal Constitucional

VER TAMBIÉN: CONSTITUCIÓN / CONSTITUCIÓN NORMATIVA / CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD / DIÁLOGO DE TRIBUNALES / JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL / LEYES / ORDENAMIENTO JURÍDICO / TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

REFORMA CONSTITUCIONAL

Toda Constitución nace con una vocación de perdurabilidad, como una norma destinada a regir la vida del Estado de modo indefinido y permanente. La Constitución aspira a serlo no solo en el presente sino también para el futuro. Ello implica que los cambios que se producen en los ámbitos político, social y económico inevitablemente repercuten en la Constitución, y que sea preciso adaptarla a las nuevas circunstancias. En el proceso revolucionario americano, tanto Jefferson como Paine –de la misma forma que hizo Sieyès en Europa–, se opusieron con contundencia a la consideración de la Constitución como una ley eterna e inmutable.

Admitida la posibilidad de que las Constituciones sean modificadas, caben dos posibilidades. La primera, que el texto constitucional pueda ser alterado por el Poder Legislativo, de la misma forma que las leyes, es decir, sin necesidad de seguir ningún procedimiento específico y más agravado (Constituciones flexibles). La segunda, que el texto constitucional prevea un procedimiento específico y agravado, distinto del legislativo ordinario para su propia reforma (Constituciones rígidas). La primera posibilidad es la que se impuso en Europa hasta bien entrado el siglo XX, lo que determinó el carácter ficticio del seudoconstitucionalismo europeo del siglo XIX. La segunda se plasmó tempranamente en la praxis constitucional de los Estados Unidos y, después de la Segunda Guerra Mundial, acabó por convertirse en un elemento esencial de todo Estado constitucional.

El interrogante a responder es el siguiente: ¿cómo organizar dentro del Estado constitucional y conforme a su lógica, sus propios procesos de transformación y cambio? Interrogante bajo el cual subyace una cuestión trascendental: ¿cómo asegurar la conservación de la propia Constitución? La reforma es el expediente técnico conforme al cual el Estado constitucional regula sus propios procesos de cambio. A diferencia del cambio «de» Constitución, el cambio «en» la Constitución se concibe al servicio de su perdurabilidad. Solo se reforma lo que se quiere conservar. Surge así la concepción de la reforma como un instrumento de defensa y, en definitiva, como una garantía de la propia Constitución. Desde esta óptica, la reforma solo tiene sentido en el marco de un tipo histórico de Constitución que es la Constitución racional-normativa (García-Pelayo), la Constitución concebida como norma suprema del ordenamiento jurídico.

La reforma de la Constitución se enmarca en un contexto más amplio, el de los cambios constitucionales. La reforma es un tipo de cambio constitucional, entendiendo por tal toda modificación del sentido, significado y alcance de una norma constitucional. Ahora bien, a la hora de examinar los diversos tipos de cambios constitucionales podemos clasificarlos según dos criterios: el primero, de carácter formal, el procedimiento o expediente a través del cual se manifiestan y producen efectos; y el segundo, de carácter sustantivo, el alcance material del cambio.

Con arreglo al primer criterio, debemos distinguir los cambios formales que se llevan a cabo a través de un procedimiento regulado por el propio texto en virtud del cual este es objeto de una modificación expresa y textual –reformas

constitucionales– de los cambios informales, esto es, todos aquellos que se verifican sin activar el procedimiento de reforma y sin alterar la literalidad o forma del texto constitucional, modificando únicamente su significado. Estos cambios informales –para distinguirlos de las reformas propiamente dichas– se denominan mutaciones constitucionales.

El segundo de los criterios mencionados nos obliga a distinguir aquellos cambios referidos a aspectos no esenciales del texto constitucional, es decir que no afectan a su identidad, a sus pilares o fundamentos básicos, de aquellos otros cambios que por afectar a su núcleo esencial alteran la identidad del texto. En el primer caso, se trata de cambios que respetan unos límites materiales determinados, mientras que, en el segundo, las modificaciones tienen un mayor alcance llegando a franquear los límites que configuran la identidad de la Constitución de que se trate. Este segundo criterio permite distinguir la reforma de la Constitución de la destrucción de la misma. O, dicho con otras palabras, los cambios «en» la Constitución de los cambios «de» Constitución. La reforma es siempre un cambio en la Constitución, puesto que su función es adaptar el texto a las nuevas circunstancias, pero conservándolo.

La reforma es un mecanismo de adecuación de la Constitución al cambio y un instrumento de defensa de la misma habida cuenta que adecuar el texto constitucional a las nuevas circunstancias es la mejor forma de garantizar su supervivencia. Cuando el resultado del cambio ya no permite identificar la Constitución como tal, nos encontraremos, en el mejor de los escenarios, ante un cambio de Constitución, es decir, ante una nueva Constitución que reemplaza a la anterior. O, en la peor de las hipótesis, ante la destrucción de la Constitución anterior y su sustitución por un régimen autocrático, es decir, no constitucional. La destrucción de la Constitución puede llevarse a cabo tanto por un acto de fuerza, realizado al margen del procedimiento de reforma, como a través de la utilización de este procedimiento. En este último caso se respeta el procedimiento formal, pero se quebrantan sus límites materiales.

La Constitución Española de 1978 dedica su título X a regular la reforma. Es un título desafortunado porque al prever una posible «revisión total» no reconoce el carácter materialmente limitado del poder de reforma. Este título X (artículos 166 a 169) establece dos procedimientos específicos para reformar la Constitución. La utilización de uno u otro dependerá de los preceptos que se pretendan modificar. El primer artículo de dicho título, el 166, regula la fase de iniciativa que es común a ambos y que corresponde al Gobierno, a las Cámaras o a las Comunidades Autónomas. El artículo 167 establece un procedimiento considerado como el ordinario, mientras que el 168 prevé otro diferente –que puede ser calificado de extraordinario– que debe seguirse, en principio, en los cuatro supuestos que él mismo recoge (si afecta al título preliminar, a los derechos contenidos en los artículos 15 a 29, al título segundo, o a toda la Constitución). Finalmente, el artículo 169 establece una limitación de carácter temporal a la iniciativa de reforma que no podrá llevarse a cabo en tiempo de guerra o vigencia de un estado de los previstos en el 116 (situaciones de crisis).

En el procedimiento ordinario, los proyectos de reforma deben ser aprobados por mayoría de tres quintos de cada Cámara. A falta de acuerdo inicial, se intenta lograrlo mediante la creación de una Comisión paritaria que presentará un

texto a las Cámaras. De no lograrse su aprobación por el procedimiento anterior, y siempre que el texto cuente con el respaldo de la mayoría absoluta del Senado, el Congreso por mayoría de dos tercios podrá aprobar la reforma. El texto será sometido a referéndum en el caso de que lo soliciten, dentro de los quince días siguientes, una décima parte de los miembros de cualquiera de las Cámaras.

En el procedimiento extraordinario se procede a la aprobación del principio de reforma por mayoría de dos tercios de cada Cámara y a la disolución automática de las Cortes. Las Cámaras elegidas deberán ratificar la decisión y proceder al estudio del nuevo texto que deberá ser aprobado por mayoría de dos tercios de ambas Cámaras. La reforma se somete en este caso siempre a referéndum nacional para su ratificación.

La Constitución de 1978 solo ha experimentado dos reformas, la del párrafo 2 del artículo 13 en 1992 (derecho de sufragio de los extranjeros) y la del artículo 135 (estabilidad presupuestaria) en 2011, en ambos casos por exigencias del proceso de integración europea. Frente a estos dos únicos «cambios formales» ha experimentado decenas de mutaciones o cambios informales como consecuencia de los procesos de integración europea y de descentralización política, fundamentalmente.

BIBLIOGRAFÍA

Pérez Royo, J.: «Comentario al título X de la Constitución», en *Comentarios a la Constitución Española de 1978* (O. Alzaga, dir.). Madrid: Cortes Generales, 1999.

Roura, S.; Tajadura, J., coords.: *La Reforma constitucional*. Madrid: Biblioteca Nueva, 2005.

Tajadura Tejada, J.: *La Reforma constitucional: procedimientos y límites. Un estudio crítico del título X de la Constitución*. Madrid: Marcial Pons, 2018.

Vega, P. de: *La Reforma constitucional y la problemática del Poder Constituyente*. Madrid: Tecnos, 1985.

VV. AA.: *El Informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional. Texto del informe y debates académicos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.

Javier Tajadura Tejada
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad del País Vasco

VER TAMBIÉN: CONSTITUCIÓN / CONSTITUCIÓN NORMATIVA / COSTUMBRE JURÍDICA / DEMOCRACIA / DERECHO CONSTITUCIONAL / ESTADO CONSTITUCIONAL / JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL / MUTACIÓN Y CONVENCIÓN CONSTITUCIONAL / PODER CONSTITUYENTE

REGISTROS JURÍDICOS

La palabra Registro es de etimología latina. Quintiliano señala que la voz deriva del latín bárbaro *registrum*, de *res gestas*, hecho memorable, porque del hecho registrado se guarda memoria. En cambio, Rosal nos dice que procede de los latinos modernos, de *regesto*, participio de *regere*: poner por escrito y reducir a orden.

Algunas de las muy variadas acepciones del vocablo son:

A) Padrón, matrícula o cédula donde consta haberse anotado una cosa.
B) Equivalente a Archivo físico o Registro material en sí.
C) Acto de registrar.
D) Asiento que queda de lo que se registra.
E) Departamento especial en las diversas dependencias de la Administración Pública donde se entrega, anota y registra la documentación referente a dicha dependencia.
F) Catálogo jurídico o conjunto de libros en los que se relaciona lo que se inscribe. Forma el archivo y legajos del registrador. Mira esta acepción al aspecto tangible y material que compone el continente de lo inscrito, y a ella se refiere el título IX de la Ley Hipotecaria.
G) Oficina, local o centro en el que se toma razón de algo. Es el lugar físico donde se inscribe y donde radican y custodian los libros registrales. El Registro tiene el doble aspecto de: *local* donde se lleva a cabo la publicidad registral y *demarcación territorial*, como manifestación del sistema de competencia establecido por el art. 1.2 L. H.: «las inscripciones o anotaciones se harán en el Registro en cuya circunscripción territorial radiquen los inmuebles».
H) Institución u organización de publicidad jurídica. Los Registros tienen por objeto dar publicidad a los actos inscribibles. Se afirma que el fin mínimo y común a todo Registro es la publicidad (en este sentido, art. 605 CC y art. 1.° LH). Inscribir equivale a exponer al público, dice Morell, la apertura al legítimo conocimiento en contraposición al secreto de protocolo. Así, el símbolo de los registradores es un libro abierto que representa la publicidad jurídica ordenada por la fuerza de la inscripción recogida en el proverbio: *prior tempore, potior iure*. Es el Registro inmobiliario, por su naturaleza jurídica y desarrollo científico, el que responde más claramente a los fines de garantía de las noticias, a través de la publicidad jurídica.

El concepto de institución jurídica se ha aplicado por razones teleológicas al Registro Inmobiliario (Roca Sastre, Guasp, Chico y Ortiz, López Medel, Francisco Mesa). Siguiendo a Jean Dabin (*Theorie genérale du droit*, Bruxelles, 1943, reed., París, Dalloz, 1969), lo que distingue a la institución es la nota sistemática, que no es solamente de orden lógico, sino esencialmente de orden orgánico. Así, el Registro como institución jurídica es la concepción más ajustada del mismo.

En este sentido, Roca Sastre lo define como «la institución que, destinada a robustecer la seguridad jurídico-inmobiliaria, tiene por objeto la registración de la constitución, transmisión, modificación y extinción de los derechos reales sobre bienes inmuebles, así como las resoluciones judiciales relativas a la capacidad de las personas y los contratos de arrendamientos y opción».

La finalidad inmediata del Registro es la de servir de soporte a la publicidad registral,

que despliega numerosos efectos jurídicos y económicos. Centrándonos en los primeros, hay que indicar las siguientes finalidades:

1. *Cognoscibilidad general*. La exteriorización en que consiste la publicidad tiene como fin producir cognoscibilidad general: el Registro permite potencialmente el conocimiento de su contenido, e imposibilita la alegación de la ignorancia.
2. *Efectos sustantivos sobre la situación publicada*, que pueden ser constitutivos, conformadores, de inoponibilidad, de prioridad, de legitimación o de fe pública. Ello permite adscribir el Registro de la Propiedad entre los Registros jurídicos, y distinguirlo de los administrativos, que no tienen más aspiraciones que la simple publicidad-noticia.
3. *La seguridad del tráfico jurídico* a la que sirven las citadas finalidades. La dinámica de los derechos subjetivos impone que el adquirente de un derecho no pueda verse perjudicado por causas que no conoció o pudo conocer al tiempo de llevarla a cabo. La cognoscibilidad general que proporciona el Registro permite a los terceros confiar en las situaciones publicadas y, por tanto, en la efectividad de los negocios reales sobre inmuebles inmatriculados.
4. *La seguridad del derecho*. También la seguridad estática del derecho subjetivo resulta amparada por el Registro: los principios de legitimación y de tracto sucesivo aseguran al titular registral que no se practicará ninguna inscripción, modificación o cancelación del derecho inscrito sin su consentimiento o sin haber tenido la posibilidad de ser oído en el correspondiente procedimiento.

La publicidad del Registro, según García García, es la exteriorización continuada y organizada de situaciones jurídicas inmobiliarias de trascedencia real para producir cognoscibilidad general *erga omnes*, con ciertos efectos jurídicos sustantivos sobre la situación publicada. Esta función publicitaria del Registro se traduce en dos actividades básicas que la ley pone a cargo del registrador: *la función calificadora*, como juicio crítico acerca de la legalidad de los hechos, actos o negocios cuya publicidad se solicita, consagrada en el art. 18 L. H., y *la función documental o autenticadora*, en el doble sentido de autorizar los asientos como documentos públicos y divulgar los datos registrales mediante la publicidad formal.

Al lado de estas funciones básicas, desempeña otras funciones. A modo de ejemplo, funciones estadísticas, fiscales en el ámbito de los impuestos de TPAJD y sobre sucesiones y donaciones, impuesto municipal de incremento de valor de los terrenos urbanos y otros, de control genérico de legalidad en materias como urbanismo, inversiones extranjeras o protección de regímenes especiales del dominio público, protección medioambiental en la calificación gráfica de las fincas, de coordinación Catastro-Registro, de prevención de blanqueo de capitales y financiación ilegal, acreditación de medios de pago, función informadora y de colaboración con otras Administraciones Públicas en materia de notificaciones urbanísticas, medioambientales, en materia de patrimonio de las Administraciones Públicas en sede de inmatriculaciones y excesos de cabida…, etc.

A cargo de los registradores están el Registro de la Propiedad, el Registro Mercantil, el Registro de Bienes Muebles, el Registro de Condiciones Generales de la Contratación y el Registro Público Concursal.

A) El Registro Civil está a cargo del Ministerio de Justicia. Conforme al art. 10 de la Ley del Registro Civil, está integrado por los Registros Municipales a cargo del juez de primera instancia, asistido del secretario, por

los Registros Consulares, a cargo de los cónsules de España en el extranjero y por el Registro Civil Central.

B) Los Registros de la Propiedad dependen del Ministerio de Justicia. Todos los asuntos a ellos referentes están encomendados a la actual Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, antes Dirección General de los Registros y del Notariado. Cada Registro de la Propiedad está a cargo de un registrador y tiene una determinada circunscripción territorial, se llevan por fincas, abriendo a cada una de ellas un folio registral en que se consigna su historial jurídico. En este Registro se inscriben los actos que afectan a la propiedad o a los derechos reales sobre bienes inmuebles, ya sean estos de titularidad pública o privada. Puede también inscribirse determinadas concesiones administrativas y bienes de dominio público. Proporciona seguridad jurídica a los derechos inscritos, favorece la seguridad y agilidad del tráfico jurídico y ahorra costes de transacción. Además, hace públicos los hechos, actos y derechos inscritos para quienes tengan legítimo interés en conocerlos.

C) El Registro Mercantil está integrado por los Registros Mercantiles territoriales y por el Registro Mercantil Central. Los territoriales están establecidos en todas las capitales de provincia, extendiéndose su competencia al territorio provincial, y, además, a algunas otras ciudades como Ceuta, Melilla y otras. El Central tiene su sede en Madrid.

En los Registros Mercantiles se inscriben los empresarios individuales y las sociedades en general, así como los actos y contratos relativos a los mismos. Asimismo, le corresponde: la legalización de los libros de los empresarios, que se realiza mediante la remisión de los libros en soporte informático a la dirección de correo electrónico habilitada al efecto, siempre que se reúnan los requisitos en materia de firma electrónica avanzada, debiendo contar la firma electrónica con la preceptiva intervención de una entidad prestadora de servicios de certificación. También el nombramiento de expertos independientes y de auditores de cuentas, y el depósito y publicidad de los documentos contables. Igualmente, la centralización y publicación de la información registral, y la centralización y la publicación de la información de resoluciones concursales en la forma prevista en el R.D. 685/2005. Igualmente, los actos de jurisdicción voluntaria como las convocatorias de Junta general.

D) El Registro de Bienes Muebles tiene por objeto la publicidad de los hechos, actos y contratos relativos a bienes muebles, así como de determinadas resoluciones judiciales o administrativas referentes a los mismos. Se inscriben la propiedad y los gravámenes sobre bienes muebles, y consta de seis secciones: de buques y aeronaves; de automóviles y otros vehículos de motor; de maquinaria industrial, establecimientos mercantiles y bienes de equipo; de otras garantías reales (hipoteca, prenda, etc. sobre bienes muebles); de otros bienes muebles registrables; del Registro de Condiciones Generales de la Contratación, que son las cláusulas que una de las partes impone en un contrato (por ejemplo, contratos de los consumidores con Bancos, compañías de luz, gas, etc., en los que no se negocian las condiciones, sino que simplemente se aceptan o no por una de las partes). La Ley 5/2019 reguladora de los contratos de crédito inmobiliario ha configurado como uno de los elementos esenciales de las obligaciones de transparencia la

inscripción obligatoria de las cláusulas de los contratos de préstamo hipotecario regulados por la misma.

En este Registro se inscriben, por ejemplo, los contratos de venta a plazos de bienes muebles, los contratos de arrendamiento financiero *(leasing)* sobre bienes muebles, otros como el *renting*, así como las hipotecas sobre bienes muebles, prenda, anotaciones de embargo y demanda sobre los bienes, etc.

BIBLIOGRAFÍA

ANGULO RODRÍGUEZ, A. de: *La modernización de los Registros. Una reforma estructural pendiente y un proyecto de datos*. Granada: Comares, 2015.

CHICO Y ORTIZ, J. M.: *Seguridad jurídica y revisión crítica de los principios hipotecarios*. Madrid: Marcial Pons, 1994.

LEYVA DE LEYVA, J. A.: «Planteamiento general de los Registros públicos y su división en registros administrativos y registros jurídicos», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 591 (1989).

Registradores de España: ¿Para qué sirve el Registro de la Propiedad? Ventajas de inscribir y riesgos de no hacerlo. Blog Registradores de España. (2019) http://registradores.org/blog/para-que-sirve-el-registro-de-la-propiedadventajas-de-inscribir-y-riesgos-de-no-hacerlo/

ROCÍO PERTEGUER PRIETO
Colegio de Registradores de España

VER TAMBIÉN: ADMINISTRACIONES PÚBLICAS / BUENA FE / CÓDIGO CIVIL / CONTRATOS / DERECHO CIVIL / DERECHOS SUBJETIVOS / EFICACIA JURÍDICA / ESTADO DE DERECHO / NEGOCIO JURÍDICO / NOTARIADO / SEGURIDAD JURÍDICA

REGLAMENTO ADMINISTRATIVO

Se entiende por reglamento toda norma con rango inferior a la ley dictada por el Poder Ejecutivo, ya sea el Gobierno del Estado o el de las respectivas Comunidades Autónomas, o por las Administraciones Públicas, a las que la Constitución o la ley atribuye ese poder.

La posibilidad de que el Poder Ejecutivo dicte normas pugna con la concepción doctrinal originaria de la división de poderes (Montesquieu, Rousseau) y por eso en la primera Constitución, la norteamericana, no se reconoce tal posibilidad. Sin embargo, Locke reconoció el poder del monarca para proveer las medidas necesarias cuando la ley no da solución a la cuestión planteada o en casos de necesidad. Muy pronto ya los revolucionarios franceses hicieron uso de proclamaciones o instrucciones de desarrollo de las leyes que germinaron en un poder normativo espontáneo. Es ahí donde está el origen histórico del concepto de reglamento ejecutivo, que aparece para ejecutar estrictamente la ley. También históricamente el reconocimiento en el ámbito de los países germánicos de un reglamento independiente en las materias que la Constitución no reservaba a la ley se considera por la doctrina clásica como una manifestación natural del Poder Ejecutivo del monarca conforme al principio monárquico o de soberanía dual entre el Rey y el Parlamento. Y de la misma manera en supuestos excepcionales la doctrina clásica considera que el Ejecutivo puede dictar ordenanzas de urgencia. En la práctica constitucional española del siglo XIX y primer tercio del siglo XX, la utilización del reglamento fue muy profusa hasta el punto de que, como observa Muñoz Machado, las características básicas del régimen administrativo español incluyendo los poderes exorbitantes de la Administración se introdujeron por decreto u orden. Restos de esta concepción espontánea del reglamento encontramos en los reglamentos de organización de los servicios públicos y en los reglamentos de organización. De hecho, solo razones históricas justifican que el Consejo de Estado únicamente dictamine los reglamentos ejecutivos, y no así los independientes de la ley.

El proceso de juridificación de la potestad reglamentaria se produce a partir de las Constituciones posteriores a la Segunda Guerra Mundial, en algunos casos, como en la Constitución francesa de la V República, reservando determinadas materias al reglamento. Al otro lado del Atlántico, la Ley Federal de Procedimiento Administrativo norteamericana codificó la potestad de regulación de las Agencias, configurando el poder reglamentario como una delegación del poder del Congreso.

En España, a partir de la Constitución de 1978, el poder reglamentario se configura como un poder propio del Gobierno (art. 97 CE) y del Gobierno de cada Comunidad Autónoma (art. 153 CE, implícitamente). Algunos autores sostienen que la Constitución también otorga tácitamente ese poder cuando reconoce la autonomía de las corporaciones locales (art. 140), las universidades (art. 27.10 CE) o los colegios profesionales (art. 36). El Tribunal Constitucional (STC 13/1988) ha dicho que el carácter originario de la potestad reglamentaria del Gobierno determina que esta pueda habilitar a otros órganos para el ejercicio de esa potestad, lo que es igualmente aplicable a las Co-

munidades Autónomas por identidad de razón *ex* art. 153 CE.

Lo anterior no significa que la ley no pueda directamente atribuir potestad reglamentaria a otros entes públicos, como los ya citados, como instrumento de su autogobierno, o a entes que gozan de independencia respecto del Gobierno como el Banco de España (SSTC 135/1992, 37/1997, 235/1999), la Comisión Nacional del Mercado de Valores (STC 133/1997) o la Autoridad Catalana Independiente del Audiovisual (STC 86/2017). Más aún, en ocasiones la atribución de potestad reglamentaria a un organismo administrativo independiente puede ser obligada conforme al Derecho de la Unión Europea, cuando una norma europea exige que sea precisamente la autoridad independiente y no el legislador o el gobierno del Estado quien la regule (STJUE de 3-XII-2009, *Comisión contra Alemania*, C-424/07).

Dado el amplísimo catálogo de materias que la Constitución reserva a la ley, el ámbito del reglamento independiente, es decir, dictado sin que una ley lo prevea, es reducidísimo. Los reglamentos de excepción se reducen a los supuestos en que la ley los prevé, de forma que hoy en día resulta injustificado sostener que caben reglamentos *contra legem*.

Como la Constitución reserva a la ley numerosas materias, se plantea inmediatamente cuál es el ámbito posible para el reglamento partiendo de la base de que la ley remite a la norma de rango inferior la regulación de algunos aspectos de la materia. Las teorías predominantes no resultan convincentes, explican solo algunos de los aspectos de esta intrincada cuestión. La doctrina del complemento indispensable, de origen francés, sirve en algunos casos de reglamentos ejecutivos cuando la materia está densamente regulada por la ley (STC 83/1984), pero existen muchos reglamentos que desarrollan la ley y van mucho más allá de complementar la ley; la doctrina de la esencialidad, de origen alemán, pone el acento en la ley, no en el reglamento, para significar que, en todo caso, la ley debe cubrir los aspectos esenciales sin que sea posible una regulación independiente no subordinada a la ley. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha admitido la remisión de la ley al reglamento en materia de planes urbanísticos, lo que va mucho más allá de la doctrina de la esencialidad. De ahí que en nuestro criterio el acento hay que ponerlo en la *justificación* que ofrezca la ley y no en consideraciones abstractas. De la jurisprudencia constitucional cabe extraer:

1. La prohibición de remisión en blanco de la ley al reglamento, lo cual no quiere decir que la ley no pueda remitir al reglamento aspectos esenciales. Véase el caso de los planes urbanísticos o ambientales o, en el ámbito penal, las mal llamadas leyes penales en blanco, supuestos ambos admitidos por el Tribunal Constitucional y en los que difícilmente puede discutirse la importancia sustancial del reglamento o el plan para configurar los derechos y deberes del particular. Lo que prohíbe la Constitución es que la ley remita la entera regulación de una materia al reglamento sin límite o directriz alguna.
2. La diferente densidad de la reserva de ley en razón de cada tipo de materia. No es lo mismo la reserva penal o tributaria que la reserva de ley en materia de organización del Gobierno.
3. Si el reglamento supone un instrumento de autogobierno (singularmente en las corporaciones locales), tiene mayor justificación constitucional que la ley deje un amplio espacio

de configuración a la potestad reglamentaria o de ordenanza. Muy ilustrativa al respecto la STC 111/2016 (FJ 8): «Por eso, la circunstancia de que las normas locales no tengan rango legal no significa en modo alguno que su aprobación por el Pleno carezca de consecuencias bajo la perspectiva del principio democrático. Sin negar el juego de la reserva de ley tributaria, este Tribunal ha precisado que «en virtud de la autonomía de los entes locales constitucionalmente garantizada y del carácter representativo del Pleno de la corporación municipal, es preciso que la ley estatal atribuya a los acuerdos dictados por este (así, los acuerdos dimanantes del ejercicio de la potestad de ordenanza), un cierto ámbito de decisión acerca de los tributos propios del municipio, entre los cuales se encuentran las tasas» [STC 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 10 c)]. Por lo mismo, se impone un «criterio de flexibilidad a la hora de identificar el alcance de la reserva de ley del art. 25.1 CE en relación con las ordenanzas municipales de contenido punitivo» (STC 132/2001)».

Como normas jurídicas subordinadas a la ley, son plenamente controlables por los tribunales tanto mediante recurso directo abstracto como mediante recurso indirecto con ocasión de su aplicación mediante un acto administrativo. El único límite al control es que el juez no puede determinar cómo han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anularan (art. 71.2 LJCA). Paralelamente a la importancia del poder reglamentario existe una tendencia creciente a disciplinar el procedimiento de elaboración de los reglamentos, como ponen de manifiesto los arts. 128 a 133 de la Ley 39/2015.

BIBLIOGRAFÍA

Baño León, J. M.: *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria*. Madrid: Civitas, 1991.

De Otto, I: *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*. Barcelona: Ariel, 1987.

García de Enterría, E: *Legislación delegada, potestad reglamentaria y poder judicial*. Madrid: Thomson Civitas, 1998. 3.ª ed.

Muñoz Machado, S.: *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público general*. Tomo VII: El Reglamento. Madrid: BOE, 2015. 4.ª ed.

Rebollo Puig, M: «Juricidad, legalidad y reserva de ley como límite a la potestad reglamentaria del Gobierno», en *Revista de Administración Pública*, 125 (1991).

José María Baño León
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad Complutense

VER TAMBIÉN: ADMINISTRACIONES PÚBLICAS / BIENES PÚBLICOS / BUENA ADMINISTRACIÓN / CONTRATOS PÚBLICOS / DECRETO LEGISLATIVO / DECRETO LEY / DERECHO ADMINISTRATIVO / GOBIERNO / JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA / ORDENAMIENTO JURÍDICO / PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

REGLAMENTOS PARLAMENTARIOS

Se denominan reglamentos parlamentarios a las principales *reglas* o *normas* internas que desarrollan los Parlamentos para su organización y funcionamiento. Dichas *normas* están indisolublemente unidas a la evolución histórica que en los distintos países ha tenido la institución parlamentaria. Por ello, resumiendo mucho, podríamos decir que tenemos tres grandes modelos de *normatividad parlamentaria interna*:

A) El modelo *británico,* donde los usos, costumbres y prácticas recopiladas en *standing orders, sessional orders y indeterminate orders* han desarrollado unas reglas organizativas ajustadas a la tradición británica de *common law*. Para E. May «el Derecho, privilegios, procedimientos y usos del Parlamento en una nación con una larga historia y una Constitución no escrita debe descubrirse principalmente en la manera en los que se manifiestan en la práctica, más que en la consulta de textos fundamentales y en las sesiones de un Tribunal Supremo».

B) El modelo *francés,* donde, por el contrario, impera un criterio racional y codificador de lo que debe ser el reglamento parlamentario que, por mor del reconocimiento de la soberanía parlamentaria, lo convierte en una de las normas principales del Estado. Como dijera E. Pierre, el reglamento «no es, en apariencia, más que la ley interna de las Asambleas, un compendio de prescripciones que permiten desarrollar con método una reunión en la que se encuentran y se enfrentan ideas contradictorias. En realidad, es un instrumento temible en manos de las partes: tiene bastante más influencia que la Constitución en la marcha de los asuntos públicos».

C) El modelo *alemán,* donde la teoría estatal del ordenamiento jurídico hace que las instituciones parlamentarias aparezcan como órganos del Estado que se han de organizar mediante normas que se reconocen por su adecuación a las previsiones constitucionales. Por ello, la autonomía reglamentaria del *Bundestag* encuentra su legitimación, como ha señalado J. Pietzcker, en el art. 40.1.2 GG.

Constatada esta realidad, podemos afirmar que la discusión doctrinal sobre el fundamento del poder normativo de las Cámaras y su posición en el ordenamiento jurídico es a estas alturas un debate agotado. Básicamente, y como en tantas otras ocasiones, el resultado al que se llega depende de las premisas de partida. Para aquellos que entienden que la potestad reglamentaria de los Parlamentos encuentra su legitimación y fundamento, por encima de todo, en el principio de independencia de las Cámaras, el resultado es la consideración de los reglamentos como la expresión normativa de dicho principio. Para esta corriente doctrinal, la norma constitucional que se refiere a la autonomía reglamentaria del Parlamento es una norma que lo único que hace es «declarar» la «autodeterminación» del Parlamento como principio legitimador del sistema, y por tanto los reglamentos asumen la función de garantizar dicho principio. En una «lucida» metáfora dirán que, en el universo estatal, el Parlamento aparece como estrella que brilla con luz propia, frente a lo que sucede con otros órganos del Estado. Para aquellos otros que entienden la potestad reglamentaria de las Cámaras como facultad –medio– para regular las condiciones de su organización y funcionamiento, los reglamentos son la

expresión del autogobierno de dicho órgano del Estado. La norma constitucional que reconoce la autonomía parlamentaria tiene un carácter constitutivo, de tal manera que el reglamento parlamentario no es el garante de una independencia de principio reconocida a las Cámaras, es por el contrario una norma de desarrollo de la autonomía reconocida al órgano parlamentario por la Constitución. Haciendo uso de la metáfora antes apuntada, el Parlamento efectivamente aparece como una «estrella» en la constelación del Estado, pero brillando con la luz que le ofrece la Constitución.

En nuestro sistema, la norma constitutiva de la autonomía parlamentaria es el art. 72 CE, que en su apartado primero prescribe que «*las Cámaras establecen sus propios Reglamentos…*». Formalmente esto supone reconocer que el reglamento de cada Cámara es elaborado, discutido y aprobado exclusivamente en la Cámara que va a regular. La autonomía en la elaboración reglamentaria se manifiesta respecto al exterior del Parlamento en que dichas normas no necesitan de la intervención del Gobierno, del jefe del Estado e incluso, ni tan siquiera de su publicación en el BOE. En cuanto a la autonomía interna, se manifiesta en la completa autonomía respecto de la otra Cámara.

Hasta aquí se ha señalado el ámbito formal de la reserva reglamentaria, según la cual las materias prescritas se han de regular conforme a un procedimiento y unos órganos específicos. El problema se plantea cuando nos debemos ocupar del contenido material de dichas normas. Esto supone que tengamos que indagar en otras normas –constitucionales o no– para poder colegir dicho contenido. El art. 66.2 CE es la primera norma que contribuye a aclarar el valor normativo de los reglamentos parlamentarios. Con ella estamos ante una norma de carácter institucional en cuanto que enumera las funciones parlamentarias (potestad legislativa, aprobación de los Presupuestos Generales y control de la acción del Gobierno), que cuenta con su desarrollo inicial en el mismo texto constitucional (arts. 72, 75,1 en materia de organización interna; arts. 67.3, 79, 73 en materia de funcionamiento interno; arts. 75,2 y 3, 70, 71, 134, 150 en materia de procedimiento legislativo; arts. 76, 77.2 108-114 en materia de control del Gobierno).

Otra cosa muy distinta es pensar que por el hecho de que la Constitución se ocupe tanto de reconocer una reserva formal de reglamento, como de normativizar ciertas actividades parlamentarias, todas las materias parlamentarias están sometidas a una reserva de reglamento. Ciertamente podemos encontrar materias que aun afectando de forma más o menos directa a la organización o el funcionamiento de las Cámaras no están sometidas a reserva reglamentaria –incluso algunas sometidas a reserva legal: legislación electoral–. En la doctrina se ha señalado como aparece una amplia gama de materias que participando de una forma más o menos profunda en la estructura y en las funciones de las Cámaras no se puede predicar que sean materias reservadas al reglamento. Lo que nos lleva a concluir que en estas materias se da una clara situación de concurrencia entre la ley-fuente y el reglamento-fuente, sin que por ello se haya de olvidar que los reglamentos parlamentarios se configuran en su naturaleza y en su fuerza de producción jurídica, como un acto-fuente diferente a la ley. Con todo lo anterior ya estamos en condiciones de sacar ciertas conclusiones:

– Que tanto la jurisprudencia constitucional, como la doctrina han superado algunas controversias que inicialmente y en ámbitos teóricos se

planteaban respecto de la naturaleza jurídica o no de los reglamentos. Desde un primer momento, tanto para unos como para otros, ha estado claro que los reglamentos parlamentarios tienen naturaleza jurídica.

– Que las normas reglamentarias tienen valor de ley (SSTC 101/1983; 179/1989), aunque, en una argumentación de difícil comprensión, se les niega la fuerza de ley (STC 119/1990).
– Una tercera cuestión que se desprende del rango que ocupan los reglamentos parlamentarios en nuestro ordenamiento es que el juez constitucional ha de considerar, al menos algunas de sus normas, como «normas interpuestas» a la hora de emitir un juicio de constitucionalidad sobre el procedimiento de formación de las leyes, e incluso a la hora de considerar si la actuación de un órgano parlamentario ha violado o no el derecho al ejercicio de cargo público –23.2 CE (SSTC 103/2008 y 44/2015)–. Sin embargo, en una nueva argumentación poco compresible, en la STC 99/1989 señala que, aunque los reglamentos parlamentarios no forman parte del «bloque de la constitucionalidad» por no estar recogidos en el art. 28.1 de la LOTC, ello no impide que su inobservancia pudiera viciar de inconstitucionalidad una ley por alterar de forma sustancial el procedimiento de formación de la voluntad de las Cámaras.

Sin duda, el reglamento parlamentario es la fuente del Derecho parlamentario más importante. Sin embargo, no se debe perder de vista que dicha norma coexiste con otras como son las resoluciones de Presidencia, los acuerdos y decisiones de Mesa, los usos y costumbres e, incluso, la ley. En los últimos años, en un contexto de incapacidad política para hacer reformas que afecten al Parlamento y ante la imposibilidad de reformar los reglamentos parlamentarios se ha producido una *huida del Derecho parlamentario reglamentario* a otro tipo de fuentes que no solo está atentando contra la autonomía parlamentaria, sino que ha llevado a que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre la inidoneidad de este mecanismo para la actualización de los reglamentos parlamentarios.

BIBLIOGRAFÍA

Achterberg, N.: *Parlamentsrecht*. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1984.

Aragón Reyes, M.: «Las fuentes del Derecho parlamentario», en J. C. da Silva Ochoa, coord. *Fuentes del Derecho Parlamentario.* Vitoria: Parlamento Vasco, 1996.

Aranda Álvarez, E.: «El Reglamento del Congreso de los Diputados. Propuestas para su reforma», en *Revista de Estudios Políticos,* 175 (2017).

De Lolme, J. L.: *Constitución de Inglaterra.* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1992.

Fernández Martín, M.: *Derecho parlamentario español.* [Textos parlamentarios clásicos III]. Madrid: Congreso de los Diputados, 1992.

May, T. E.: *Treatise on the Law, Privileges, Proccedings and Usage of Parliament.* 19.ª ed. London, 1976. (trad. española, Madrid: Asamblea de Madrid, 2011).

Pierre, E.: *Traité de Droit Polítique Électoral et Parlementaire*. Paris: Loysel, 1989.

Pons y Umbert, A.: *Organización y funcionamiento de las Cortes según las Constituciones Españolas.* [Textos parlamentarios clásicos IV]. Madrid: Congreso de los Diputados, 1992.

Jurisprudencia: ATC 183/1984, de 21 de marzo; STC 90/1985, de 22 de julio; STC 118/1988, de 20 de junio; STC 23/1990, de 15 de febrero; STC 119/1990, de 21 de junio; STC 234/2000, de 3 de octubre; STC 227/2004, de 29 de noviembre; STC 301/2005, de 21 de noviembre.

Elviro Aranda Álvarez
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad Carlos III de Madrid
Ex Diputado

VER TAMBIÉN: CONGRESO DE LOS DIPUTADOS / CORTES GENERALES / GRUPOS PARLAMENTARIOS / MANDATO PARLAMENTARIO / PARLAMENTARISMO / PARLAMENTOS / PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO / SENADO

REPRESENTACIÓN POLÍTICA

El término representación, al margen de concretas adjetivaciones, hace referencia a una pluralidad de realidades que, con un tronco común, tienen su origen de una idea vertebral: la derivada del hecho de que una persona o un grupo de personas hagan algo *en nombre y por cuenta* de otra u otras. La realidad jurídica primigenia de la que procede, por tanto, en última instancia, el actual concepto de la representación política es la del contrato de mandato característico del Derecho privado: aquel por virtud del cual una persona (el mandante) encarga a otra (el mandatario) que realice por él determinadas actividades con arreglo a las instrucciones que recibe en tal sentido.

A partir de esa idea matriz, los parlamentos medievales (Cortes, Estados Generales, Dietas), formados por delegados que actuaban cumpliendo las más o menos específicas instrucciones recibidas de los diferentes estamentos que los habían mandatado, constituyeron el origen próximo de los Parlamentos nacionales que, tras las revoluciones liberales, nacerán a partir de los momentos finales del siglo XVIII. Pero, para que ese arquetipo del mandato propio del Derecho privado se transformase, a través del concepto de representación política, en una realidad esencial del mundo político moderno fue necesario que, frente al principio de la soberanía atribuida a los monarcas absolutos (según el principio *princeps legibus solutus*), aquellas revoluciones afirmasen la idea de que la soberanía pertenecía a la comunidad: nacional, primero, y popular, con posterioridad. Y ello porque si la soberanía –es decir, el poder supremo del nuevo tipo Estado liberal que aparece con la Revolución– pertenece a la comunidad, se exprese esta a través de un parte de sus miembros (sufragio restringido) o de la totalidad de los que en ella han adquirido cierta edad (sufragio universal), es necesario para hacerla efectiva que algunos obren en nombre de la totalidad, actuando por aquellos a quienes, finalmente, se imputarán sus decisiones.

Ahí residirá, de hecho, una de las novedades esenciales de la representación política moderna en contraste con el tipo de mandato a través del cual se articuló la actuación de los delegados de los estamentos en los Parlamentos medievales. De hecho, en relación con ellos debe hablarse de *delegados* y no de *representantes* en el estricto sentido de tal término, porque, mientras la representación propia del Estado constitucional lo será con completa plenitud, no tuvo ese carácter la que en ocasiones se describe con tal término en referencia a la situación existe en los Parlamentos de las monarquías feudo-estamentales. Por eso, para hacer efectiva una representación que lo era de verdad, resultó necesaria la aparición del mecanismo electoral, por virtud del cual el cuerpo electoral (estuviese con la amplitud con que estuviese conformado) designaba por medio del sufragio a quienes actuarían en su nombre en las instituciones representativas del Estado.

Tal novedad, que es la que define a cualquier representación política digna del tal nombre, acabará por estar ligada a otra no menos importante. En tanto que los delegados de los estamentos (nobleza, clero, estado llano) en los Parlamentos de las viejas Monarquías estaban ligados por un preciso mandato im-

perativo, pues recibían memoriales de sus respectivos estamentos en los que constaban tanto las quejas que debían poner de manifiesto como la voluntad sobre proyectos futuros que debían expresar –así, por ejemplo, los denominados en Francia *cahiers de doléances*–, los representantes de los Parlamentos nacionales actuarán según su leal saber y entender. Y ello hasta el punto de que las Constituciones liberales prohibieran con claridad cualquier tipo de mandato imperativo. Lo hacían de ese modo, por ejemplo, la Constitución de Cádiz (art. 100) o la Constitución francesa de 1791, en la cual se determinaba taxativamente que «los representantes nombrados en los departamentos no serán representantes de un departamento en particular, sino de la Nación entera, y no se les podrá dar ningún mandato» (tít. III, cap. I, secc. III art. 7.º).

Tal prohibición del mandato imperativo, por virtud de la cual el representante debía actuar en nombre de la nación en su conjunto y no por cuenta del concreto grupo de ciudadanos que lo habían elegido en el proceso electoral del que se tratase en cada caso, logrará pervivir durante decenios, hasta llegar a los textos constitucionales aprobados en pleno siglo XX, como lo demuestran las previsiones al respecto contenidas, entre otras, en las Constituciones italiana de 1947 (art. 67), alemana de 1949 (art. 38.1), francesa de 1958 (art. 27), portuguesa de 1976 (art. 152.3) o española de 1978 (art. 67.2). Sin embargo, para cuando entraron en vigor todos los textos mencionados la prohibición del mandato imperativo, característica de la representación política del Estado en sus fases iniciales, había sido completamente trastocada por la consolidación, a partir del tercer tercio del siglo XIX, de los partidos políticos, que, en tanto que instrumentos esenciales del proceso electoral, acabaron siéndolo también del propio proceso de la representación. Los diputados y senadores seguirán representando en teoría, como quería el constitucionalismo liberal, a la nación en su conjunto, pero quedarán claramente vinculados en la práctica por un mandato de partido por virtud del cual deberán atender a la disciplina de voto establecida por las organizaciones políticas en las que resultan elegidos para cumplir sus funciones en las diversas instituciones representativas del Estado.

Pero la consolidación de los partidos políticos como instrumentos esenciales del proceso de la representación política moderna traerá también de la mano otro cambio esencial en la naturaleza y la forma de funcionamiento del sistema por virtud del cual unas personas ejercen el poder del Estado en nombre de quienes los eligen para hacer efectiva tal función: ese cambio no será otro que el de la democratización de la propia representación. Los partidos, sobre todo los que en cada momento representaron las ideas políticas y sociales avanzadas, jugaron en ello un papel fundamental. Por su presión fue produciéndose una ampliación progresiva del derecho de sufragio, que, primero masculino, alcanzó en algunos países, a partir del giro del siglo XIX al siglo XX, también a las mujeres. La extensión del derecho a votar y ser votado supondrá, de ese modo, una verdadera revolución en la esfera teórica y práctica de la representación, toda vez que lo que se hace presente en las instituciones representativas del Estado dejará de ser una parte ínfima o muy minoritaria de las respectivas poblaciones –aquella que ejercía un derecho restringido de sufragio, censitario y/o capacitario– para convertirse en el conjunto formado por todos los hombres (primero) y mujeres (con posterioridad) mayores de la edad que para votar se fijase legalmente, edad que también fue reduciéndose de forma progresiva a medida que la ampliación

del derecho de sufragio fue consolidándose. El sufragio universal, conquista histórica esencial sin la cual no se puede hablar con propiedad de verdadera democracia, cambiará así de forma radical la relación entre los poderes Legislativo y Ejecutivo de los sistemas representativos y, a su vez, asentará un creciente papel de los partidos políticos en la dinámica de funcionamiento del Estado democrático, que no casualmente acabará caracterizándose como un Estado o una democracia de partidos.

La representación política, clave de arco de las democracias modernas, constituye, en suma, una manifestación sobresaliente de la superioridad del Estado constitucional sobre cualquier otra forma de organización del poder político que haya existido a lo largo de la Historia, como lo demuestra el hecho de que un principio formulado a finales del siglo XVIII siga conservando en pleno siglo XXI toda su potencialidad como forma de garantía de las libertades y derechos.

BIBLIOGRAFÍA

Pitkin, H. F.: *El concepto de representación*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

García-Pelayo, M.: *El Estado de partidos*. Madrid: Alianza, 1984.

Macpherson, C. B.: *La democracia liberal y su época*. Madrid: Alianza, 2003.

Sartori, G.: *Teoría de la democracia*. Madrid: Alianza, 1988 y 1997.

Porras Nadales, A., ed.: *El debate sobre la crisis de la representación política*. Madrid: Tecnos, 1996.

Roberto Blanco Valdés
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Santiago de Compostela

VER TAMBIÉN: CONSTITUCIÓN / DEMOCRACIA / ESTADO CONSTITUCIONAL / ESTADO DE DERECHO / ESTADO DE PARTIDOS / MANDATO PARLAMENTARIO / PARLAMENTOS / PARTIDOS POLÍTICOS

RESERVAS A LOS TRATADOS INTERNACIONALES

La reserva es un instituto jurídico propio del procedimiento de conclusión de los tratados multilaterales. Según la definición del propio Convenio de Viena de 23 de mayo de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, una reserva es «una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado» [art. 2.1 d)]. Con alguna ligera, aunque sustancial, modificación, se recoge también en idénticos términos y en la misma disposición en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales de 21 de marzo de 1986 (por el momento no ha entrado en vigor), que extiende la capacidad de hacer esta declaración unilateral a las organizaciones internacionales además de los Estados y que amplía las formas de manifestación del consentimiento a la «confirmación formal».

La reserva es la expresión más nítida de la dimensión sustantiva del *favor negotii* en un orden jurídico donde las exigencias formales o las mismas contraprestaciones dependen esencialmente del consentimiento que permite modular las obligaciones de un acuerdo sin más límites, en principio, que los que el consentimiento de los contratantes esté dispuesto a aceptar. No obstante, por el medio en que opera este expediente jurídico de las reservas (los tratados multilaterales) y por la naturaleza esencialmente unilateral, las exigencias de seguridad jurídica son mayores y se traducen en requisitos formales poco frecuentes en Derecho Internacional tanto para la formulación, como para la retirada.

Este instituto jurídico presenta tantas ventajas como inconvenientes. El hecho de posibilitar a cada Estado parte adaptar a su conveniencia el tratado excluyendo o interpretando a su manera sus disposiciones es evidente que permite participar a Estados que, en otras condiciones, rechazarían ser partes del acuerdo. Por el contrario, es inevitable pensar que este mecanismo produce inexorablemente una multitud de «regímenes jurídicos» distintos dentro del mismo tratado y que, llevado a extremo, podría desvirtuar la propia razón de ser del acuerdo. Justamente esta contradictoria situación que provocan las reservas se conoce habitualmente como el *dilema entre la universalidad y la integridad* del tratado.

Naturalmente, las reservas no son el único instrumento por el que se modulan las obligaciones asumidas en un tratado. Declaraciones de muy diverso tipo formuladas por los Estados, cláusulas de salvaguardia y de opción, protocolos o estipulaciones facultativas, ratificaciones parciales, forman parte de ese conjunto de instrumentos flexibilizadores. Con ellos las reservas comparten lógicamente rasgos jurídicos en mayor o menor grado y, en algunos casos, como las llamadas declaraciones interpretativas condicionales, la identificación del régimen jurídico es plena.

Este régimen jurídico presenta una extraordinaria complejidad que excede de

la actual regulación del Convenio de Viena de 1969, a la que ha contribuido en una medida no desdeñable una práctica estatal siempre imaginativa y poco proclive a limitaciones conceptuales, como ilustra la propia existencia de reservas tardías, esto es, de reservas formuladas por los Estados después de la manifestación del consentimiento, como hemos visto que exige el art. 2.1.d) del Convenio de Viena.

Pero en realidad la complejidad de las reservas descansa en dos problemas esenciales: (a) si existe algún límite jurídico objetivo a su formulación y (b) los límites y condiciones subjetivas que las otras partes contratantes pueden formular frente a las reservas. Ambos aspectos, conocidos como la admisibilidad objetiva y la oponibilidad subjetiva de las reservas, han evolucionado de manera muy notable.

Así, los criterios objetivos contenidos en el art. 19 del Convenio de Viena para la formulación de reservas (admisión implícita o explícita por el propio tratado y la compatibilidad con su objeto y fin) han pasado de comprenderse en términos de licitud a entenderse en términos de validez, especialmente en el marco de tratados de protección de derechos humanos. Esta tendencia, que apunta a una mayor sujeción de las reservas, se encaja en la propia evolución que los tratados internacionales han experimentado hacia una más depurada técnica jurídico-convencional (ya no es una rareza que un tratado internacional regule expresamente las reservas que se pueden formular) y hacia la satisfacción de exigencias y necesidades normativas muy variadas en las que las reservas no pueden desempeñar el mismo rol. Parece claro que el régimen de una reserva pensado para un mundo contractualista no puede aplicarse *sic et simplicitur* a tratados donde se articula la codificación internacional y la creación de normas universales, el establecimiento de regímenes integrales o de protección de intereses colectivos (desde la no proliferación nuclear o el sistema comercial multilateral hasta el respeto de los derechos humanos o del medio ambiente) o la creación de organizaciones internacionales.

Por su parte y de forma aparentemente contradictoria, el aspecto relativo a la oponibilidad subjetiva no coincide en esa limitación progresiva de las reservas. Más bien al contrario. La superación de la fase en la que la reserva requería la aceptación unánime de las demás partes contratantes para surtir efecto –lo que se consagra en el propio Convenio de Viena siguiendo la estela del dictamen de la Corte Internacional de Justicia de 1951 sobre reservas a la Convención para la prevención y sanción del crimen de genocidio– ha tenido dos efectos principales. En primer lugar, ha facilitado extraordinariamente el uso y la efectividad de las reservas, pero, en segundo término, ha hecho que el peso del régimen jurídico descanse fundamentalmente en las reacciones que las demás partes en el tratado adopten para contrarrestar o reequilibrar los efectos de la reserva; facultad de reacción que la práctica internacional no ha limitado en medida alguna. Esa amplitud se percibe en el mismo Convenio de Viena que recoge desde la misma aceptación expresa o tácita a la posibilidad de objetar la reserva que, en su máximo efecto, pueden llegar a excluir toda relación convencional con el Estado reservatario. La práctica, además, ha añadido otro tipo de reacciones como las objeciones extensivas o la negación de todo efecto jurídico a la reserva.

BIBLIOGRAFÍA

Comisión de Derecho Internacional: *Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados*, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, vol. II, tercera parte.

Corten, O.; Klein, P., eds.: *The Vienna Convention on the Law of Treaties*. Oxford: Oxford University Press, 2011.

Dörr, O.; Schmalenbach, K.: *Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary*. 2.ª ed. New York: Springer, 2018.

Martín Rodríguez, P. J.: *Flexibilidad y tratados internacionales*. Madrid: Tecnos, 2003.

Remiro Brotóns, A.: *Derecho Internacional Público. Derecho de los tratados*. Madrid: Tecnos, 1987.

Riquelme Cortado, R.: *Las reservas a los tratados: lagunas y ambigüedades del régimen de Viena*. Murcia: Universidad de Murcia, 2004.

Diego Liñán Nogueras
Catedrático de Derecho Internacional Público
Universidad de Granada

VER TAMBIÉN: CORTE PENAL INTERNACIONAL / CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS / DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO / JURISDICCIÓN UNIVERSAL / NACIONES UNIDAS / POLÍTICA EXTERIOR DE ESPAÑA / RELACIONES INTERNACIONALES / SOBERANÍA / TRATADOS INTERNACIONALES

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, conocida comúnmente como RPA, es un instituto jurídico reciente que tiene cabida en el ámbito de las relaciones del sector público con los ciudadanos. Su concepción parte de la noción de costes sociales. La generación de un coste o una lesión, que afecta a un sujeto o a un grupo, da lugar a la pregunta de si tal individuo o conjunto singularizado de sujetos deben soportar ese daño por sí solos o si debe producirse un reparto de los costes y lesiones sobre el conjunto de la sociedad. Si se aprecia el deber jurídico de soportar el daño, entonces se produce una denegación de la RPA, mientras que si se concluye que es la ciudadanía la que debe asumir el coste en general, sin individualizar, se estimará la reclamación de responsabilidad patrimonial y se indemnizará la lesión sufrida por unos pocos, de manera que sean todos los que la soporten. Supone, por tanto, la sujeción de la Administración (comprendida en sentido amplio, como sociedad) a una responsabilidad de último recurso frente a los administrados, es decir, se configura como un mecanismo casi subsidiario, para el caso de que no haya otros remedios específicos.

El origen de la RPA data del siglo XIX, si bien no es hasta la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, en los artículos 120 y 121, cuando se establece su configuración objetiva, que aún perdura.

En la Constitución Española aparece en el artículo 106.2: «Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos».

Las características que configuran la RPA son las siguientes:

A) La RPA es *unitaria,* es decir, todo el sector público se encuentra sujeto a un mismo régimen. Esto significa que su regulación se encuadra dentro del título competencial que la Constitución atribuye al Estado sobre el procedimiento administrativo común (art. 149.1.18 CE). El carácter unitario de la RPA no se rompe ni ante circunstancias excepcionales, como son las declaraciones del estado de alarma, sitio o excepción, puesto que el artículo 3.2 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, dispone que: «Quienes como consecuencia de la aplicación de los actos y disposiciones adoptadas durante la vigencia de estos estados sufran, de forma directa, o en su persona, derechos o bienes, daños o perjuicios por actos que no les sean imputables, tendrán derecho a ser indemnizados de acuerdo con lo dispuesto en las leyes».
B) La RPA es *general,* es decir, abarca toda potestad administrativa o tráfico ordinario de la Administración, la actividad o la omisión (inactividad), los actos, disposiciones de carácter general, incluso la legislación o las actuaciones fácticas, el funcionamiento normal o anormal; y en un concepto amplísimo, los servicios públicos. In-

cluye tal espectro, que se ha considerado como servicio público a efectos de la responsabilidad patrimonial, al Registro de la Propiedad [STS 22 de marzo de 1995 (FJ 3)].

C) Es una responsabilidad *directa,* sin perjuicio del ejercicio de la acción de regreso contra los funcionarios o agentes que causaran el daño, si esto fuera posible determinarlo. El carácter directo se observa también incluso en los casos en los que los servicios públicos se prestan por cuenta de la Administración, es decir, cuando existe la intervención de un tercero privado en la prestación de un servicio que se considera de titularidad pública. Es el supuesto en que una entidad privada presta un servicio sanitario y su actuación provoca una lesión. El particular afectado reclama contra la Administración y esta, si concurre la RPA y ha de indemnizar, habrá de hacerlo de manera directa en sus relaciones con el administrado, pudiendo después repetir contra la entidad privada (La STS de 20 noviembre de 2018 señala que la resolución de reconocimiento de la RPA es título válido para reclamar a la entidad privada en acción de regreso, si contiene todos los elementos y delimita su responsabilidad, fijando el derecho al reintegro).

D) En cuarto lugar y siendo una característica crucial, la RPA es *objetiva.* Ello quiere decir que no se analiza si concurre culpa o dolo en la Administración y que se puede reconocer tanto si el funcionamiento de los servicios públicos es normal como anormal. Una parte de la doctrina ha considerado que predicar el objetivismo de la RPA no es correcto, especialmente si se trata de la RPA en el ámbito sanitario donde son los errores o la negligencia los que dan lugar a indemnización, puesto que los médicos tienen una obligación de disponer todos los medios para la curación, pero no una obligación de resultado.

Sin embargo, si se analizan los elementos fundamentales de la RPA, se advierte claramente que se conserva en todo caso el carácter objetivo de su naturaleza jurídica. Es decir, para estimar una reclamación de responsabilidad patrimonial, no se ha de poner el énfasis en la actuación de la Administración, del funcionario o del tercero privado, sino que el estudio de la RPA es totalmente ajeno a las valoraciones sobre la conducta que causa la lesión. No se predica del servicio público un dolo, una culpa, una intención o una mera inobservancia. Donde se pone el énfasis en la lesión y el deber jurídico de soportarla.

Se trata por tanto, de analizar el elemento esencial de la RPA: la *antijuridicidad del daño.* Debe existir un daño singularizado, efectivo, cierto, individualizable y evaluable económicamente (que se cubra íntegramente con la indemnización, pero no dé lugar a un enriquecimiento injusto). Este daño debe ser consecuencia del servicio público, por lo que debe apreciarse el *nexo causal* como imprescindible relación de causalidad entre la actuación y el resultado dañoso, que puede aparecer bajo formas mediatas, indirectas y concurrentes, puede debilitarse por causas concomitantes o intervenciones de terceros, sin necesidad de romperse, con un efecto de moderar la responsabilidad. El nexo causal deberá ser probado por quien lo invoca, es decir, el administrado que reclame la indemnización que cree justa. La ruptura del nexo causal se produce cuando se presenta la fuerza mayor –el caso fortuito no tiene entidad suficiente para provocar tal quiebra. Si bien la fuerza mayor es un término civil que no adquiere

nueva definición en el Derecho Administrativo, a los efectos de la RPA, son numerosas las sentencias que han abordado su concurrencia en este ámbito. En síntesis, se trata de la *fuerza mayor* como suceso que está fuera del círculo de acción del obligado, ajeno a su capacidad; son hechos que, aun siendo previsibles, sin embargo, resultan inevitables, insuperables e irresistibles; e incluso ha sido definida como un exceso, es decir, que se haya causado un daño real, material y directo que excede visiblemente de los accidentes propios del curso normal de la vida por la importancia y trascendencia de su manifestación. Además, al ser causa de exoneración, le corresponde a la Administración probarla.

Esta tensión entre la RPA y la fuerza mayor tiene especial relevancia en los casos excepcionales de alarma, sitio y excepción, pues suceden por fuerza mayor y sin embargo, la ley, como se ha señalado, no excluye de antemano la posibilidad de que se aprecie RPA. Las sentencias de la Audiencia Nacional de 15 de abril de 2013, de 24 febrero de 2014, 10 de julio de 2013 y 25 de mayo de 2015 apreciaron fuerza mayor en el estado de alarma declarado con ocasión de la huelga de controladores aéreos y negaron las indemnizaciones reclamadas, pero podría darse la circunstancia de que se indemnizara incluso en un estado de alarma declarado por fuerza mayor, dada la previsión legal expresa, atendiendo al caso concreto.

Ahora bien, sobre todo, el particular que pretende hacer valer frente a la Administración una reclamación de RPA debe sustentarla en que no exista el deber jurídico de soportar el daño individual por disposición legal o vínculo jurídico. El debate esencial, por tanto, es el de a quién le corresponde asumir los costes, si al sujeto o a la sociedad. Y es por ello que la antijuridicidad del daño es el criterio que rige el instituto jurídico de la RPA y se trata de una responsabilidad objetiva, pues el juicio último, al fin y al cabo, es metajurídico y la decisión es de convivencia social.

BIBLIOGRAFÍA

[Véanse los tratados, manuales y libros generales de Derecho Administrativo, todos los cuales incluyen capítulos sobre la RPA.]

Alicia Segovia Marco
Abogada del Estado

VER TAMBIÉN: ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO / ADMINISTRACIÓN LOCAL / ADMINISTRACIONES PÚBLICAS / BIENES PÚBLICOS / BUENA ADMINISTRACIÓN / COMUNIDADES AUTÓNOMAS / CONTRATOS PÚBLICOS / DERECHO ADMINISTRATIVO / ESTADO NEUTRAL / EXPROPIACIÓN FORZOSA / JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA / LEGALIDAD (Principio de) / ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA / **PANDEMIA: PERSPECTIVA JURÍDICA** / PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO / REGLAMENTO ADMINISTRATIVO / SANCIONES ADMINISTRATIVAS / SECTOR PÚBLICO

RETÓRICA JURÍDICA

La retórica es el *arte de hablar bien* para convencer o persuadir. Es una disciplina general, aplicable tanto al hablar cotidiano como al hablar en el seno de cualquier ciencia o especialidad. Una de sus modalidades es la retórica jurídica, que se ocupa de los discursos y debates jurídicos. Esta distinción entre discursos y debates está en la base de la diferenciación entre retórica y dialéctica. Sin embargo, también es posible entender la retórica como comprensiva de la dialéctica. El jurista se enfrenta ante situaciones tales como: discursos parlamentarios, procesos judiciales, negociaciones, etc., en las cuales se combinan ambas actividades.

Como disciplina intelectual, surge en la Magna Grecia (Sicilia) con ocasión de una situación concreta. Tras caer el tiránico gobernante se planteó la necesidad de repartir las tierras entre sus antiguos dueños, expropiados por aquel para pagar a sus huestes los servicios prestados. A tal efecto, se formaron tribunales ante los cuales los antiguos propietarios debían defender personalmente, sin representante ni abogado, su pretendido derecho. Para preparar a esas personas surgieron maestros en retórica. La tradición señala a Corax y Tisias. El origen de la retórica sería así eminentemente jurídico y, para ser más exactos, judicial. Una segunda fase la representan los sofistas, grupo heterogéneo de «intelectuales» que se instalaron en Atenas provenientes de Asia Menor y Magna Grecia. La democracia ateniense era el marco ideal para los jóvenes que se querían dedicar a la política. Los sofistas, como Protágoras, Gorgias y Trasímaco, se convirtieron en maestros de retórica y también de concepciones relativistas y escépticas. Para ellos, la retórica era un instrumento para convencer en las asambleas de los ciudadanos y en los procesos ante los tribunales. No se perseguía la verdad, sino la persuasión. Se lo echó en cara Platón, en boca de Sócrates, sobre todo en el *Gorgias* y en el *Fedro*. Para Platón, la retórica ha de estar al servicio de la verdad y del bien (concepción ética).

Los autores clásicos más destacados son Aristóteles, Cicerón y Quintiliano y, para la retórica sagrada, San Agustín. En su conjunto configuran la «retórica clásica». Esta se desarrolló durante la Edad Media y Renacimiento. A partir del racionalismo entra en crisis, y con el positivismo decimonónico se la reduce a una faceta de la estética y de la poesía, acentuando su aspecto literario con el estudio de las figuras y tropos poéticos. Bien mirado, el positivismo sustituyó la retórica clásica por la cientificista. De esta época data la actitud de cierto desprecio hacia la retórica, a la que se tacha de palabrería vana. Solo a mitad del siglo XX, con la obra de Chaïm Perelman, vuelve a renacer con renovado ímpetu. Ello se explica por varios factores: la rehabilitación de la filosofía práctica tras la Segunda Guerra Mundial; la generalización del sistema político democrático como el único legitimado; y el auge de la filosofía del lenguaje en sus múltiples manifestaciones. A estar circunstancias hay que añadir otras: negociaciones en la esfera empresarial, incidencia de las nuevas tecnologías o la práctica publicitaria y propagandística.

Tradicionalmente se han distinguido tres géneros retóricos: deliberativo, epidíctico o demostrativo, y forense. El deliberativo

es el género retórico propio de las asambleas. Los oradores se dirigen a los miembros de la asamblea para, una vez analizada la situación, argumentar con vistas al futuro y adoptar la decisión que parezca más pertinente. Su característica es la deliberación, conjunto de actos reflexivos que, apoyados en la experiencia del pasado, intentan acertar con la decisión que hay que adoptar, la cual tendrá sus repercusiones en un futuro más o menos próximo. El epidíctico o demostrativo (*demostrativum*: que muestra) es propio de las situaciones en las que hay que alabar a un individuo, institución o grupo colectivo, o bien censurarle. Su característica es la amplificación *(amplificatio)* o exageración de las virtudes del alabado o los defectos del vituperado. La situación paradigmática es a la muerte de una persona o cuando se le otorga un honor. El forense es el propio de los procesos judiciales, en los cuales los abogados de las partes defienden posiciones encontradas. En el ámbito jurídico tienen lugar actos comunicacionales de los tres géneros, pero sobre todo del primero y del tercero. El deliberativo predomina en el Parlamento y en las corporaciones y asociaciones. El forense en los procesos judiciales. El orador perfecto, según Cicerón, es maestro en los tres géneros y sabe conjuntarlos en sus discursos.

A los tres clásicos se han unido otros: el sagrado o religioso, con su concepto de sermón u homilía; el docente, centrado en la lección magistral *(lectio)*; el epistolar o arte de escribir cartas y otros tipos de escritos; a estos hay que añadir otros, como el publicitario o propagandístico, propios de las actividades políticas y comerciales. También hay que destacar la retórica simbólica.

Tres aspectos se dan en todo acto retórico: *ethos*, *pathos* y *logos*. El *ethos* condiciona la credibilidad del hablante (si eres corrupto, mejor no hables de la corrupción). El *pathos* es el elemento pasional; todo buen retórico tratará de levantar en el auditorio las pasiones que favorezcan sus posturas; para algunos autores es el elemento clave para persuadir. El *logos* es el razonamiento que, como tal, va dirigido a la razón, no a la razón matemática, sino a la práctica o argumentativa. En los discursos y debates jurídicos estos tres aspectos pueden estar presentes, aunque lo deseable es que dominen el primero y el tercero. No obstante, el aspecto emocional es decisivo en la comunicación humana.

El principio fundamental de la retórica es: conducirse en los discursos y debates de acuerdo con lo conveniente y oportuno *(decorum)*. La conveniencia y la oportunidad están en función de diversos factores, sobre todo, del auditorio. Se denomina auditorio o audiencia (también público) a la persona o conjunto de personas a las que se dirige el orador. El discurso de este ha de tener en cuenta, en primer lugar, las características del auditorio. Hay auditorios homogéneos (abogados) y heterogéneos (individuos con distintas profesiones); especializados (especialistas en propiedad industrial); escogidos por el hablante (seminario con individuos seleccionados); pasivos (los oyentes no participan, solo escuchan); activos (participan con preguntas, objeciones, etc.); se denomina auditorio universal al característico del discurso filosófico: por lo general el filósofo se dirige a la humanidad. Es frecuente la existencia de auditorios simultáneos: el político habla en el Parlamento ante los diputados, pero también lo hace para los medios de comunicación, y para el público en general. Por último, hay también auditorios jerarquizados; tal es el caso de los procesos judiciales,

en los cuales las partes hablan no solo para el tribunal, sino asimismo para los jerárquicamente superiores. Una regla de prudencia para todo orador es que debe tratar de conocer lo mejor posible los caracteres del auditorio, y adecuar su discurso a esos caracteres.

El concepto fundamental de la oratoria es el de discurso; y el de la dialéctica, el de debate (o diálogo). El jurista ha de dominar ambos aspectos. El primero es característico de asambleas o reuniones, así como de procesos judiciales y de exposiciones doctrinales. En todos ellos el jurista tiene que hablar para convencer. El debate (o diálogo) es lo típico de los procesos judiciales, ya que en ellos las partes se enfrentan con posturas contrapuestas, y también hay debate en las asambleas, en las polémicas doctrinales y en las negociaciones. Vemos, por tanto, que discurso y debate (o diálogo) se entrecruzan y solapan, dependiendo de la situación comunicacional.

En cuanto a la preparación y ejecución del discurso jurídico, la retórica tiene establecido desde la Antigüedad clásica el procedimiento para ello; por tanto, también del discurso jurídico. Las tareas que ha de acometer el orador son: A) La invención *(inventio)* o descubrimiento de los lugares *(loci)* o aspectos que ha de tener en consideración, para lo cual el orador ha de tener claro el tema o cuestión *(qaestio)* de la que va a hablar. Esta tarea corresponde a la tópica, palabra que designa, similar a *loci*, los lugares temáticos de la materia a tratar, a partir del conocimiento cabal del Derecho. B) La disposición *(dispositio)* consiste en ordenar los puntos que el jurista ha determinado en la *inventio* con la finalidad de dar coherencia y armonía al discurso. Un discurso desordenado no se sigue bien por el auditorio, además de causar una impresión penosa. C) La elección de la expresión lingüística (*elocutio*: manera de expresarse), para lo cual el jurista habrá de seleccionar las palabras adecuadas. Es conveniente huir de toda pedantería, pero también lo es demostrar al auditorio que domina la técnica jurídica y el lenguaje conceptual y argumentativo. El estilo lingüístico ha de ser serio, riguroso y lo más sencillo y escueto posible. D) La memorización *(memoria)* de los contenidos del discurso de acuerdo con el orden y la expresión lingüística elegidos. Un buen orador no usa papeles, todo lo más un esquema. La lectura es preceptiva en ciertas ocasiones solemnes, y también tiene sus reglas, sobre todo de vocalización y entonación. E) La ejecución del discurso *(actio, pronuntiatio)*, es decir, la puesta en escena de todo buen discurso comprende las siguientes fases: 1) Preámbulo, exordio o proemio *(exordium, proemium)*, cuya función es captar la atención y la benevolencia del auditorio. Ha de ser breve y simpático, pero sin excesivas florituras. 2) La narración de los hechos o situaciones *(narratio)*: tiene por objeto hacer referencia a las realidades pasadas o presentes con las que se enfrenta el orador y, en general, el auditorio. 3) El establecimiento o determinación de la tesis que se defiende. 4) La argumentación *(argumentatio)*: expresión de las razones que avalan la tesis expuesta. La argumentación lógica de lo razonable también comprende la refutación *(refutatio)* o confutación *(confutatio)*, esto es, el rechazo razonado los argumentos de la parte contraria. 5) La conclusión o peroración *(conclusio, peroratio)*, que ha de servir para recordar la tesis y resumir brevemente lo expuesto.

Por último, es importante el lenguaje corporal en la pronunciación del discurso. La regla general exige mantener la naturalidad dentro de lo conveniente.

BIBLIOGRAFÍA

Además de las obras clásicas de Platón, Aristóteles, Cicerón, Quintiliano o Vico, véanse:

Albaladejo Mayordomo, T: *Retórica*. Madrid: Síntesis, 2010.

García Berrio, A.: «Retórica como ciencia de la expresividad (presupuestos de una Retórica general), en *Estudios de Lingüística*, 2 (1984).

Mortara Garavelli, B.: *Manual de Retórica*. Madrid: Anaya, 2015.

Perelman, C.; Olbrechts-Tyteca, L.: *Tratado de la argumentación. La nueva Retórica*. Madrid: Gredos, 2009.

Perelman, C.: *La lógica jurídica y la nueva Retórica*. Santiago de Chile: Olejnik, 2018.

Robles, G.: *Retórica para juristas*. [En prensa; en esta obra se desarrollan con amplitud las cuestiones mencionadas en el texto.]

Vega Reñón, L.; Olmos Gómez, P.: *Compendio de lógica, argumentación y retórica*. Madrid: Trotta, 2016.

Gregorio Robles Morchón

Académico de Número de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas

Catedrático de Filosofía del Derecho

VER TAMBIÉN: CODIFICACIÓN / DIÁLOGO DE TRIBUNALES / INTERPRETACIÓN JURÍDICA / LENGUAJE JURÍDICO / MÉTODO JURÍDICO / ORDENAMIENTO JURÍDICO / SEGURIDAD JURÍDICA / SOCIOLOGÍA DEL DERECHO / TEORÍA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO

REUNIÓN Y MANIFESTACIÓN

Reunión es la congregación transitoria de varias personas con una finalidad determinada, sea esta el intercambio de ideas o la defensa de sus intereses. Existen diferentes tipos de reunión. Pueden clasificarse con arreglo a dos criterios: en primer lugar, por el carácter público o privado de la misma; en segundo lugar, por su carácter estático o dinámico. Así tenemos reuniones privadas celebradas en el domicilio del convocante o en otro lugar sin convocatoria pública en la que se asiste mediante invitaciones personalizadas; y reuniones públicas que pueden tener lugar en espacios cerrados, en cuyo caso son reuniones estáticas o al aire libre. En este último supuesto, las reuniones pueden ser estáticas o dinámicas. Las reuniones dinámicas son denominadas *manifestaciones* en el lenguaje constitucional.

La concertación, la temporalidad y la finalidad son elementos constitutivos de la reunión. La concertación permite distinguir la reunión de la mera aglomeración. La temporalidad es lo que distingue una reunión de una asociación. La finalidad –intercambio de ideas o defensa de intereses– es lo que hace de ella un instrumento de comunicación y formación de la opinión pública y determina que el derecho de reunión se comprenda en el Estado constitucional como un derecho fundamental (que, por lo dicho, incluye al de manifestación). Su sustantividad propia deriva precisamente de su carácter instrumental respecto de otros derechos fundamentales (libertad de expresión, asociación, participación en asuntos públicos, huelga, etc.). Por ello el ordenamiento constitucional lo reviste de las máximas garantías. En esta línea, nuestro Tribunal Constitucional ha definido el derecho de reunión como «manifestación colectiva de la libertad de expresión a través de una asociación transitoria» (STC 85/1988, de 28 de abril).

Su reconocimiento se remonta a los orígenes mismos del Estado constitucional (primera enmienda de la Constitución de los Estados Unidos y Constitución francesa de 1791). El Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 consagra de forma conjunta, en su art. 11.1, las libertades de reunión y asociación. En España está recogido en el art. 21 de la Constitución y ha sido desarrollado por la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión. Esta Ley no comprende toda la tipología de reuniones. El concepto legal queda delimitado por dos elementos: número de asistentes y carácter público o privado. La Ley se ocupa solo de aquellas que congreguen a más de veinte personas y lo hagan en lugares públicos. Quedan expresamente fuera de su ámbito de regulación las que celebren partidos políticos, sindicatos, organizaciones empresariales, sociedades civiles y mercantiles, asociaciones, corporaciones, fundaciones, cooperativas.

El régimen jurídico del derecho de reunión responde a tres principios: responsabilidad, libertad y pacifismo (A. Torres del Moral).

La regulación de este derecho es radicalmente diferente en un Estado democrático de Derecho que en un Estado autoritario. En estos últimos, el derecho queda vaciado de contenido al condicionarse su ejercicio al régimen de solicitud y autorización previa. La Constitución Española

de 1978 en el art. 21 prohíbe expresamente el requisito de la autorización. Este solo es posible cuando, en virtud de la declaración del estado de excepción o de sitio, se decreta la suspensión del derecho. El apartado segundo del art. 21 prevé que «en los casos de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones se dará comunicación previa a la autoridad, que solo podrá prohibirlas cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes». En el escrito de comunicación debe hacerse constar la identificación de los promotores u organizadores, lugar, fecha, hora y duración prevista, objeto de la misma, itinerario proyectado, medidas de seguridad previstas. Deben ser comunicadas por escrito a la autoridad gubernativa con una antelación de entre treinta y diez días a la fecha de su celebración, que puede reducirse a veinticuatro horas cuando lo justifique la existencia de causas extraordinarias y graves. El Tribunal Constitucional ha subrayado que al tratarse de un derecho subjetivo de ejercicio colectivo incide en los derechos e intereses de otros ciudadanos. La función de la comunicación es permitir que la autoridad pueda valorar esa afectación, tomar las medidas oportunas, e incluso garantizar el pleno ejercicio del derecho. Desde esta última óptica, el ordenamiento refleja un concepto positivo de libertad y prescribe la protección gubernativa de las reuniones y manifestaciones frente a quienes trataren de impedir el ejercicio de este derecho.

La autoridad gubernativa solo puede prohibir una reunión o una manifestación cuando considere que hay razones fundadas de que pueden producirse alteraciones de orden público, con peligro para personas o bienes. Las razones deben ser graves, porque en otro caso la obligación constitucional de la autoridad gubernativa es proteger la reunión. En otro caso, el ejercicio de este derecho fundamental podría verse obstaculizado por la acción de grupos sociales y políticos antagónicos. La prohibición o, en su caso, la propuesta de modificación de alguno de los aspectos de la manifestación debe ser motivada y notificada en el plazo máximo de cuarenta y ocho horas posteriores a la comunicación de los convocantes. En caso de desacuerdo, la decisión gubernativa es recurrible ante la jurisdicción contencioso-administrativa que, como garante de los derechos fundamentales de los ciudadanos, tiene la última palabra.

Por otro lado, los convocantes y organizadores se responsabilizan del orden de las reuniones y manifestaciones y deben adoptar las medidas necesarias para el adecuado desarrollo de las mismas. Los participantes en ellas que causen daños a terceros responderán directamente por ellos. Subsidiariamente responderán las personas físicas o jurídicas organizadoras o promotoras de la reunión o manifestación.

Solo gozan de protección constitucional las reuniones «pacíficas y sin armas». En todo caso, durante su celebración, las reuniones y manifestaciones pueden ser suspendidas y disueltas por ilicitud penal, por alteraciones graves del orden público o por el uso de uniformes paramilitares. Penalmente tienen la consideración de ilícitas las que se celebran con la intención de cometer un delito o aquellas a las que concurran personas con armas, artefactos explosivos u objetos contundentes o de cualquier otro modo peligrosos. Estas reuniones carecen *per se* de protección constitucional. El derecho no comprende –en palabras del Tribunal Constitucional– la facultad de ejercer sobre terceros una violencia moral de carácter intimidatorio (SSTC 2/1982 y 59/1990). Al margen de lo anterior, cualquier limitación que se establezca de

este derecho para preservar otros debe ser interpretada de forma restrictiva.

Para proteger la libertad y la autonomía de las Cámaras parlamentarias la Constitución prohíbe la presentación directa de peticiones a las mismas mediante «manifestaciones ciudadanas» (art. 77.1). Desde esta óptica, se puede prohibir y sancionar penalmente las reuniones que pretendan alterar el normal funcionamiento de la Cámara y perturbar su independencia.

Los titulares del derecho de reunión son no solo los españoles sino también los extranjeros en las mismas condiciones. Los miembros de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado, así como los jueces y magistrados, tienen restringido este derecho.

En el supuesto de manifestaciones con fines de protesta política y participación de un porcentaje amplio de población, un estudio reciente de la profesora de Harvard Erica Chenowethd ha demostrado que si se supera el umbral del 3,5 por ciento de participación, las manifestaciones pueden provocar cambios políticos de envergadura. La caída de las dictaduras de Ceaucescu en Rumanía (1989) o de Mubarak en Egipto (2011) son ejemplos paradigmáticos. Las protestas de Puerto Rico que provocaron la dimisión del gobernador o las de los habitantes de Hong Kong contra la Ley de extradición, ambas en 2019, son otro ejemplo significativo de la trascendencia política del derecho de reunión.

***

La pandemia provocada por la covid-19 –originada en China en enero de 2020– ha determinado, entre otras cosas, un cierre generalizado de fronteras y la drástica limitación del derecho a la libre circulación de gran parte de la Humanidad. Limitaciones que implican una drástica restricción de los derechos de reunión y manifestación. Como consecuencia de la activación del Derecho de crisis o de emergencia, y con el objetivo de proteger los derechos a la salud y la vida de las personas, los poderes públicos han restringido el derecho de reunión y manifestación.

En el caso de España, con motivo de la celebración el 1 de mayo de la Fiesta del Trabajo, y ante diversas decisiones gubernativas de prohibir manifestaciones durante la vigencia del estado de alarma, que fueron confirmadas por la jurisdicción contencioso-administrativa, el asunto llegó al Tribunal Constitucional. Un auto dictado por su Sala I, confirmó la constitucionalidad de la prohibición gracias al voto de calidad de su presidente. Para el supremo intérprete de la Constitución, el derecho a la vida, la integridad física, la salud de las personas y la defensa de un sistema de asistencia sanitaria, cuyos limitados recursos es necesario garantizar adecuadamente, se erigen en el fin constitucionalmente legítimo para prohibir el derecho fundamental de manifestación. Aplicando los principios de necesidad y de proporcionalidad, se llega a la conclusión de que no existen otras medidas menos lesivas para los derechos de reunión y manifestación que las adoptadas, para hacer frente con éxito a la contención de la pandemia.

En las sociedades del riesgo en que vivimos no es descartable que se produzcan este tipo de situaciones. La salud pública se configura como un límite importante al ejercicio de estos derechos.

BIBLIOGRAFÍA

GAVARA DE CARA, J. C.: *El sistema de organización del ejercicio del derecho de reunión y manifestación*. Madrid: McGraw-Hill, 1997.

GARCÍA-ESCUDERO, P.; PENDÁS, B.: «Régimen jurídico del derecho de reunión. Análisis de la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio», en *Revista de Derecho Político*, 22 (1986).

LÓPEZ GONZÁLEZ, J. L.: *El derecho de reunión y manifestación en el ordenamiento constitucional español*. Madrid: Ministerio de Justicia, 1995.

TORRES DEL MORAL, A.: *Principios de Derecho Constitucional español*. Madrid: Universidad Complutense, 2010. Tomo I, 6.ª ed.

TORRES MURO, I.: *El derecho de reunión y manifestación*. Madrid: Civitas, 1991.

Javier TAJADURA TEJADA
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad del País Vasco

VER TAMBIÉN: ASOCIACIONES / CORTES GENERALES / DEMOCRACIA / DEMOCRACIA DIRECTA / DERECHOS FUNDAMENTALES / ESTADO DEMOCRÁTICO / HUELGA / JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA / LIBERTAD DE EXPRESIÓN / **PANDEMIA: PERSPECTIVA JURÍDICA** / SANCIONES ADMINISTRATIVAS

SALARIO

El salario es la prestación básica del empresario, aquella que corresponde con la prestación básica del trabajador, su trabajo. En perspectiva histórica, el salario viene a sustituir a los frutos antaño adquiridos directamente por el hombre a través de su trabajo, con los que procuraba su subsistencia y la de su familia. En el contrato de trabajo, estos frutos o utilidades patrimoniales se atribuyen directamente al empresario, quien en compensación retribuye al trabajador a través del salario, que cumple respecto al trabajador esa función de medio de vida. Trascendiendo de su significación estrictamente individual-contractual, cumple así el salario una función de primer orden a nivel socioeconómico, como medio generalizado de distribución y participación de la riqueza que el trabajo contribuye a crear, y también sociopolítico: cuando en el seno de una sociedad cualquiera los salarios son inexistentes –desempleo– o insuficientes la sociedad entra en crisis y con ella el orden establecido.

No es de extrañar que el legislador dé un especial tratamiento al salario, y que los intentos de regulación –o desregulación– que han desconocido su trascendencia meta-contractual fracasen fácilmente. Las reglas de la oferta y de la demanda, que rigen en la contratación en general, quedan matizadas en el contrato de trabajo, en el que la autonomía de la voluntad de las partes contratantes está limitada por la norma estatal –la ley– y por los convenios colectivos. Esos límites afectan claramente al salario, tanto en lo que se refiere a su cuantía, sustancia, periodicidad, lugar y momento del pago, sin perjuicio de importantes garantías frente a otros acreedores del empresario (privilegio del crédito salarial) y los acreedores del propio trabajador (inembargabilidad del Salario Mínimo Interprofesional, SMI).

Mientras que la Constitución Española afirma el principio de suficiencia del salario (art. 35.1), el Convenio 131 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre fijación de los salarios mínimos, ratificado por España, obliga a establecer una retribución mínima cuya cuantía se ha de fijar atendiendo a: *a)* las necesidades de los trabajadores y de sus familias, *b)* los factores económicos. Asimismo, la Carta Social Europea obliga a reconocer el derecho de los trabajadores a una «remuneración suficiente que les proporcione a ellos y a sus familias un nivel de vida decoroso», lo que el Comité Europeo de Derechos Humanos estima que ocurre a partir del 60 por 100 del salario neto medio, sin que pueda descender del 50 por 100. En nuestro Derecho interno, la Constitución proclama no solo el derecho al trabajo sino también a una remuneración suficiente para satisfacer «sus necesidades y las de su familia», mientras que el Estatuto de los Trabajadores (art. 27) ordena al Gobierno fijar un salario mínimo interprofesional, teniendo en cuenta la inflación, la productividad nacional, el incremento de la participación del trabajo en la renta nacional y la coyuntura económica general. Para el año 2019, con carácter general, el SMI se ha fijado en 30.-€ al día o 900 € al mes, lo que ha supuesto un importante incremento porcentual, que encontraría su justificación la práctica congelación del SMI durante los años de crisis. La subida ha sido criticada por sus posibles efectos negativos para el empleo en general y el de los jóvenes en particular. Hay incluso posturas que niegan la mayor, la existencia misma de un SMI, por

entender que la intervención del legislador en la cuantía mínima de los salarios impone un precio artificial al precio del trabajo, más elevado del que naturalmente establecerían las leyes del mercado, generando a la postre desempleo entre los trabajadores con salarios más bajos. Con todo, parece que la tendencia –habrá que esperar a evidencias empíricas de los efectos de la última subida– será la de continuar incrementando el SMI, tanto para avivar el consumo y la economía como para elevar la recaudación de la Seguridad Social, y poder mantener así la cuantía de las pensiones. *[Sin perjuicios de las secuelas económicas de la covid 19].*

Otro importante límite del salario es el que afecta a su sustancia. Si bien el salario se puede pagar en dinero (moneda de curso legal o mediante cheque u otra modalidad similar a través de entidades de crédito, previo informe del comité de empresa o delegados de personal) o en especie (vivienda, electricidad, gas, etc.), este último no puede superar el 30 por 100 de las percepciones salariales del trabajador, ni dar lugar a la minoración de la cuantía íntegra en dinero o en especie (art. 24 ET). La desconfianza hacia el salario en especie viene de lejos: el salario en dinero es expresión de libertad frente a la esclavitud, en la que el amo proporciona al esclavo lo preciso para subsistir, techo y comida.

En el ámbito de los recursos humanos se habla de «salario *emocional*», expresión esta difusa, que no tiene encaje claro en el mundo jurídico, para referirse a determinados beneficios no dinerarios accesorios al salario con los que se pretende mejorar la motivación, el rendimiento y la productividad del trabajador, y retener el talento. Es emocional porque se basa en las teorías sobre la inteligencia emocional y las modernas tendencias sobre motivación, tanto en lo que se refiere al desarrollo personal individual del trabajador como a su pertenencia a un grupo u organización. Difícilmente encaja en el concepto legal de salario, conforme al cual «se considerará salario la totalidad de las percepciones económicas» de los trabajadores «por la prestación profesional» de los servicios laborales por cuenta ajena (art. 26 ET). La mayoría de las manifestaciones del salario emocional carecen precisamente de contenido económico, y las que la tienen suelen ser beneficios sociales difícilmente individualizables en el patrimonio del trabajador, de calificación muy difícil.

Tampoco tiene la consideración de salario las cantidades percibidas por el trabajador en concepto de indemnizaciones o suplidos por los gastos realizados como consecuencia de la actividad laboral (dietas, gastos de locomoción, quebranto de moneda, etc.), las prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social (así como las mejoras de seguridad y planes de pensiones a cargo del empresario) y las indemnizaciones correspondientes a traslados, suspensiones o despidos; ni las propinas, que si bien presentan un cierto ánimo retributivo no proceden del empresario sino de un tercero; ni tampoco las liberalidades del empresario, como las cestas de Navidad.

La estructura del salario es la establecida en los convenios colectivos y contratos de trabajo. Junto al salario base (aquella parte del salario que retribuye el trabajo sin entrar en otras consideraciones), pueden existir complementos salariales: *a)* fijados en función de las circunstancias personales del trabajador (antigüedad, títulos, idiomas, etc.), *b)* vinculados al trabajo realizado (penosidad, peligrosidad, responsabilidad, nocturnidad, etc.), y *c)* dependientes de la situación y resultados de la empresa

(primas, determinados incentivos, etc.), que cada vez son más habituales; a su función incentivadora se suma la de allanar a las empresas el ajuste de costes salariales en momentos de crisis.

En fin, reto prioritario es el de neutralizar las diferencias salariales entre mujeres y hombres. El problema de la llamada *«brecha salarial»* está directamente emparentado con la inercia de un mundo laboral que hasta hace poco estaba protagonizado por trabajadores varones exentos de las tareas del hogar y cuidado de la familia, y que ahora se encuentra en profunda transformación.

BIBLIOGRAFÍA

Alonso Olea, M.: *Introducción al Derecho del Trabajo*. 6.ª ed. Madrid: Civitas, 2002.

Alonso Olea, M.; Casas Baamonde, M. E.: *Derecho del Trabajo*. 24.ª ed. Pamplona: Civitas, 2006.

Montoya Melgar, A.: *Derecho del Trabajo*. 40.ª ed. Madrid: Tecnos, 2019.

Pérez del Prado, D.: «¿Qué es el salario emocional?», en *Revista de Información Laboral,* 1 (2018).

Sempere Navarro, A. V.: «Art. 26. Del salario», en Montoya Melgar, A., *et al., Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*. 9.ª ed. Pamplona: Aranzadi, 2013.

Juan Pablo Maldonado Montoya
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad CEU San Pablo

VER TAMBIÉN: CONTRATO DE TRABAJO / CONVENIO COLECTIVO / DERECHO DEL TRABAJO / HUELGA / ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO / **PANDEMIA: PERSPECTIVA LABORAL** / SINDICATOS

SANCIONES ADMINISTRATIVAS

A diferencia de otros países europeos, en España, entre las propias de la Administración Pública para satisfacer el interés general, se encuentra la potestad sancionadora. Por ello, la Administración Pública tiene reconocida competencia para imponer por sí misma sanciones a los ciudadanos que estén involucrados en la comisión de una infracción administrativa. Esta potestad sancionadora es una manifestación del *ius puniendi* del Estado y pretende garantizar el correcto funcionamiento de la gestión administrativa, así como asegurar el respeto a las normas jurídicas.

En sentido amplio, sanción podría definirse como todo aquel castigo impuesto como consecuencia de la realización de una conducta. En sentido estricto, sanción administrativa es aquella retribución negativa impuesta por la Administración Pública a los ciudadanos por la comisión de infracciones administrativas delimitadas por la ley. Cualquier otro perjuicio o situación desfavorable impuesta a un administrado no puede tener la consideración de sanción en sentido estricto. Asimismo, no toda vulneración del ordenamiento jurídico se debe a una infracción administrativa, por lo que no toda consecuencia gravosa de dicha vulneración debe considerarse sanción *strictu sensu*. Lo anterior quiere decir que para que la Administración pueda imponer sanciones administrativas es imprescindible que exista una vinculación exclusiva a una infracción administrativa concreta y delimitada en la Ley.

Las diversas manifestaciones de esta potestad sancionadora pueden clasificarse como (i) sanciones de orden público general (urbanísticas, de medio ambiente, de defensa del consumidor, de disciplina del mercado, en materia de espectáculos…) o como (ii) sanciones de autoprotección administrativa (disciplinarias, de policía demanial o tributarias).

Los *principios* que rigen la aplicación de estas sanciones están estipulados en la Ley del Régimen Jurídico del Sector Público, cuyo capítulo III del título preliminar enumera los principios aplicables a la potestad sancionadora de la Administración, que son los mismos que para la imposición de penas del orden penal, pues parten de la obligación impuesta en el art. 25 CE, que dispone que «nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento». Estos principios son:

– *Legalidad*: Es el principio que delimita el ejercicio de dicha potestad. Viene regulado en el art. 25 de la norma suprema y en el art. 25 LRJSP, el cual dispone que la potestad sancionadora solo puede ejercerse cuando haya sido expresamente reconocida por una ley. Por tanto, se establece una reserva absoluta de ley que se traduce en que, en ningún caso, puede un reglamento establecer infracciones o sanciones administrativas nuevas. Aun así, el art. 27 LRJSP permite que las disposiciones reglamentarias de desarrollo introduzcan especificaciones o graduaciones al cuadro de las sanciones establecidas legalmente para contribuir a identificar de forma más correcta y precisa las conductas ilícitas y los castigos correspondientes. Además, el principio de legalidad también concreta qué órganos pue-

den ejercer la potestad sancionadora. Así, el art. 25 LRJSP dispone que le corresponde «a los órganos administrativos que la tengan expresamente atribuida, por disposición de rango legal o reglamentario». Por tanto, este principio aporta seguridad jurídica al sistema dado que los ciudadanos pueden en todo caso predecir cuáles serán las consecuencias de sus actos.

– *Irretroactividad*: Viene regulado tanto en el art. 25 CE como en el art. 26 LRJSP. La regla general es la irretroactividad, es decir, para la imposición de una sanción administrativa se deben aplicar las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de producirse los hechos. Sin embargo, si las disposiciones sancionadoras que entran en vigor favorecen al infractor, tanto en lo referido a la tipificación de la infracción como a la sanción y a sus plazos de prescripción, la Ley permite la aplicación retroactiva de las normas sancionadoras (de conformidad con el principio *tempus regit actum* regulado en el art. 9 CE).
– *Tipicidad*: Este principio también se encuentra regulado en el art. 25 CE, así como en el art. 27 LRJSP. Tiene por objeto evitar que el órgano sancionador actúe con excesivo arbitrio obligando a que las conductas sancionables sean exactamente delimitadas y descritas. Se encuentra muy ligado al principio de legalidad, pues hace referencia a la descripción de la conducta ilícita que debe figurar en la ley, disponiendo que solo constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del ordenamiento previstas como tales por una ley y que solo por la comisión de infracciones administrativas podrán imponerse sanciones por la Administración.

  Tanto el principio de legalidad como el principio de tipicidad planteaban en su día ciertos problemas para el caso de la Administración local, que no dispone de potestad legislativa propia. Sin embargo, la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, introdujo el título XI LBLR y soluciona esta situación regulando con carácter general las sanciones administrativas que compete imponer a la Administración local, así como las infracciones que las ordenanzas locales pueden tipificar. De esta forma, los entes locales, en defecto de normativa sectorial específica, son competentes para imponer sanciones por el incumplimiento de obligaciones, prohibiciones o limitaciones recogidas en las correspondientes ordenanzas.
– *Responsabilidad*: Propugna como requisito esencial de la potestad sancionadora la concurrencia del elemento subjetivo de la culpabilidad, ya sea mediante dolo o a título de culpa o negligencia, es decir, exige que los sujetos que cometan la conducta constitutiva de infracción sean responsables de la misma a título de dolo o culpa. Solo en ese caso la Administración podrá sancionar tanto a personas físicas como jurídicas, así como, cuando una ley les reconozca capacidad de obrar, a los grupos de afectados, a las uniones y a las entidades sin personalidad jurídica y patrimonios independientes o autónomos. Por tanto, si el incumplimiento de una obligación puede ser atribuido conjuntamente a varias personas, deberán responder solidariamente de las sanciones administrativas que se les imponga.

  Sin perjuicio de ello, la responsabilidad derivada de la comisión de una infracción administrativa puede extenderse a las personas que deban garantizar que otros no las cometan, es decir, aquellas con quienes los in-

fractores tengan relación de dependencia o vinculación.

Asimismo, además de la administrativa, existe una responsabilidad civil que obliga al infractor a la reposición de la situación alterada por él mismo a su estado original y a indemnizar por los daños y perjuicios causados, en su caso. Será el propio órgano sancionador quien obligue a la reparación y fije la cuantía de la indemnización.

– *Proporcionalidad*: Recogido en el art. 29 LRJSP. Obliga a la Administración a imponer la sanción correspondiente en función de las circunstancias objetivas y subjetivas que concurren en el hecho concreto, es decir, atendiendo a la gravedad de los hechos cometidos (valorados según criterios tales como grado de culpabilidad, existencia de intencionalidad, continuidad o persistencia en la conducta infractora, naturaleza de los perjuicios causados o reincidencia), la Administración podrá imponer una sanción u otra. Asimismo, la cuantía de las sanciones pecuniarias se deberá fijar atendiendo a la gravedad de la infracción administrativa cometida y de forma que no resulte más beneficioso para el infractor pagar la sanción que cumplir la norma infringida.

  En caso de que la comisión de una infracción derive necesariamente en la comisión de otras, solo deberá imponerse la sanción correspondiente a la infracción más grave cometida. Sin embargo, si el infractor realiza una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo precepto administrativo aprovechando la ocasión o en ejecución de un plan preconcebido, la sanción se impondrá por infracción continuada.

– *Prescripción*: Regulado en el art. 30 LRJSP, parte del principio de seguridad jurídica, disponiendo que las sanciones deberán prescribir por el mero paso del tiempo. El periodo concreto de prescripción está regulado en la ley sectorial correspondiente, y en su defecto, será de tres años si se trata de sanción por falta muy grave, dos años por falta grave y un año por falta leve. Este periodo se interrumpe en caso de que se inicie un procedimiento sancionador, siempre y cuando sea conocido por el interesado.

– *«Non bis in idem»*: Reconocido en el art. 31 LRJSP, pretende evitar la duplicidad de las sanciones, administrativa y penal, cuando se aprecie la existencia de identidad de sujeto, hecho y fundamento. Asimismo, pretende evitar la imposición de una sanción administrativa por unos hechos que el tribunal correspondiente del orden penal haya declarado inexistentes o no probados. Por tanto, va ligado al principio de supremacía del orden penal.

  Asimismo, y sin entrar a analizar los trámites del procedimiento administrativo sancionador (regulados en la Ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), es necesario tener en cuenta que debe estar sujeto a otros principios y garantías (audiencia, defensa y presunción de inocencia, principio de exigencia de un procedimiento concreto…). Estos principios tienen por objeto garantizar el equilibrio entre una actuación eficaz de la Administración y la salvaguarda de los derechos de los ciudadanos.

En fin, la potestad sancionadora de la Administración constituye un elemento de control social alternativo al Derecho Penal que busca garantizar la tutela de los bienes jurídicos mediante el control

de los ilícitos de menor relevancia social. La Administración protege así el interés general de forma indirecta, garantizando el cumplimiento del ordenamiento jurídico vigente en cada momento e impidiendo que se consoliden situaciones de antijuricidad.

En la actualidad, existe una «criminalización» de muchos comportamientos que en otros tiempos pudieran ser, en su caso, objeto de sanción administrativa. Con el ámbito expansivo del Código Penal, algunos regímenes sancionadores están quedando fuera de lugar. Este fenómeno es peligroso porque deja al albur del perjudicado la elección del régimen punitivo aplicable, es decir, si prefiere acudir a la vía penal (con los consabidos efectos perjudiciales para los acusados) o a la vía administrativa. De *lege ferenda*, el legislador debería poner control a este uso alternativo del Derecho.

BIBLIOGRAFÍA

Bermúdez Soto J.: *Sistemas sancionadores de protección ambiental, casos español y chileno* (tesis doctoral). Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 1998.

Cano Campos, T.: *Sanciones administrativas*. Madrid: Lefebvre, 2018.

López de la Osa Escribano, A.: «La potestad sancionadora en Derecho comparado», en *Documentación Administrativa*, 282-283 (2009).

López Samanes, G.: *La potestad sancionadora de la Administración en las Leyes 39/2015 y 40/2015, de 1 de octubre*. En https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/doctrina/articulos-doctrina/potestad-sancionadora-de-la-administracion/

Lozano Cutanda, B.: *Diccionario de sanciones administrativas*. Madrid: Iustel, 2010.

Nieto, A.: *Derecho Administrativo sancionador*. Madrid: Tecnos, 1993.

Antonio Morales
Abogado del Estado

VER TAMBIÉN: ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO / ADMINISTRACIONES PÚBLICAS / BIENES PÚBLICOS / CONTRATOS PÚBLICOS / DERECHO ADMINISTRATIVO / DERECHO PENAL / ESTADO DE DERECHO / JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA / PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO / REGLAMENTO ADMINISTRATIVO

SECESIÓN Y DERECHO A DECIDIR

La integridad territorial del Estado se configura como uno de sus elementos esenciales. Ejercer el poder en régimen de monopolio dentro de los confines de las propias fronteras sobre el conjunto de la población que allí reside ha sido y sigue siendo irrenunciable para todo ente estatal. Preservar el orden político (Estado democrático) y jurídico (Estado de Derecho) creado por la Constitución (como manifestación de la soberanía popular) en el espacio geográfico en el que la misma está llamada a aplicarse opera como premisa esencial. Y por más que en el mundo contemporáneo los avances del fenómeno de integración supranacional y de la globalización vengan a relativizar e introducir poderosos matices sobre el entendimiento del ejercicio del poder soberano por parte de los Estados, lo cierto es que el paradigma westfaliano sigue vigente tanto en su proyección externa (comunidad internacional formada por Estados independientes e iguales) como, sobre todo y por lo que aquí interesa, a nivel interno.

Es precisamente sobre la base de tales consideraciones de fondo que deben interpretarse aquellas previsiones de Derecho Internacional en las que se proclama el «derecho a decidir de todos los pueblos», entendido como «derecho de libre determinación» y en cuya virtud aquellos «establecen libremente su condición política y proveen asimismo su desarrollo económico, social y cultural» (art. 1 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y art. 1 Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966). Porque no cabe ignorar que el ejercicio de tal derecho adquiere carta de naturaleza en el acto fundacional del Estado, momento en el que despliega plena virtualidad en tanto que manifestación de la soberanía popular.

No sucede lo mismo cuando se pretende activar el derecho de libre determinación en el interior de una estructura estatal ya constituida. El evidente efecto disgregador inherente a una iniciativa de dicha índole, entendida como amenaza directa a la supervivencia del ordenamiento constituido, se erige en factor determinante para circunscribir su admisibilidad a la concurrencia de contextos fácticos especialmente cualificados, a saber, «situaciones de dominación y explotación extranjera» (Resolución 1514, XV, Asamblea General de Naciones Unidas, 1960). Y es que, como la propia Naciones Unidas se ha encargado de subrayar posteriormente (Resolución 2625, XXV, Asamblea General, 1970), el derecho de libre determinación no autoriza ni fomenta acciones encaminadas a «quebrantar o menospreciar la integridad territorial de los Estados soberanos e independientes que se conduzcan de conformidad con el principio de igualdad de derechos y libre determinación de los pueblos». Concretando específicamente tal límite, la Declaración y el Programa de Acción de Viena (Conferencia Mundial de Derechos Humanos, 1993) establecen un sustancial dique de contención que condiciona en términos de legitimidad la autodeterminación, ya que su ejercicio «no autoriza o fomenta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes que se conduzcan de conformidad con el principio de igualdad de derechos y la libre determinación de los pueblos» (apartado 2). A mayor abundamiento, la

Recomendación General 21 del Comité para la eliminación de la Discriminación Racial, relativa al derecho a la libre determinación (1996), aporta una ulterior consideración cuando prevé que «el Derecho Internacional no ha reconocido el derecho general de los pueblos a declarar unilateralmente su secesión de un Estado».

Esta actitud de extraordinaria cautela detectada en la esfera de la regulación internacional frente a la admisibilidad del derecho a la autodeterminación se torna todavía más extrema en el ámbito del Derecho Constitucional. La aspiración estatal de mantener incólume su integridad, rechazando movimientos endógenos orientados a provocar su ruptura, explica el *tabú constitucional* (S. Mancini) existente en relación al reconocimiento de la que opera como su corolario natural: la secesión. La escasez de Constituciones que en el pasado (URSS y China) o en el presente (Etiopía, San Cristóbal y Nevis) han procedido a incorporarla, unido al hecho de que tal reconocimiento ha quedado circunscrito al terreno de lo inédito, puesto que nunca se ha activado en dichos ordenamientos, así lo confirma. La realidad de la secesión allí donde se ha manifestado viene, pues, a discurrir de espaldas a su formalización normativa, desarrollándose al margen de reglas reguladoras. Lo cual, sin embargo, no ha impedido la aparición de un relevante caudal de reflexión jurídica en torno a su admisibilidad constitucional, tanto en el ámbito teórico como jurisdiccional.

Centrándonos en la contribución realizada por las instancias judiciales, se detecta la existencia de dos percepciones de signo diverso. Por un lado, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, en su seminal *sentencia Texas versus White*, dictada en 1869 con el impacto devastador de la Guerra de Secesión todavía presente, rechazó de forma tajante que los Estados que integran la Federación sean titulares de tal derecho. La unidad «indestructible» de aquella actúa como principal argumento para cerrar el paso a la secesión de estos. Dos siglos después, en el continente europeo, los Tribunales Constitucionales de Italia (sentencia 118/2015) y de Alemania (sentencia 12/2016) llegarán, cada uno transitando por su senda constitucional respectiva, a una conclusión similar: las unidades territoriales que configuran el Estado considerado en su conjunto carecen de la potestad para abandonarlo, quebrando su integridad. Asimismo, se excluye que tal hipótesis resulte practicable a través de la reforma constitucional. La existencia de límites materiales (explícitos o implícitos) actúa como decisivo argumento excluyente en este sentido.

Una actitud diametralmente opuesta es asumida por la segunda de las aproximaciones detectadas, la cual aparece construida sobre el argumento que podríamos denominar de la «posibilidad condicional». Máximo exponente de esta corriente es el Tribunal Supremo de Canadá que, en su resolución de 1998 dictada con posterioridad a la consulta independentista celebrada en 1995 en Quebec, estableció las siguientes pautas. En el punto de arranque afirma expresamente la inexistencia del derecho de secesión en la Constitución canadiense. Ahora bien, celebrada una consulta de esta índole en una provincia, si a la formulación de una pregunta clara se sumara la existencia de una mayoría igualmente clara a favor de la independencia tal resultado, aun careciendo de efecto jurídico vinculante, no podría ser ignorado por la Federación. Atendiendo a dichas consideraciones, a continuación se afirma la existencia de un deber de ne-

gociar *de buena fe* sobre los términos de la secesión. La conclusión final de dicha negociación exige llevar a cabo una reforma de la Constitución federal cuya finalidad reside en la formalización expresa de la operación secesionista. De la argumentación sumariamente expuesta se deduce una idea fundamental: no se atribuye efecto directo e inmediato a la clara voluntad de secesión manifestada unilateralmente en sede territorial. Antes bien, una vez constatada, lo que la misma genera es la necesidad insoslayable de negociar, así como de articular su formalización a través de un proceso de reforma constitucional.

Por su parte, el Tribunal Constitucional español (sentencias 103/2008, 31/2010, 42/2014 y 259/2015, de forma destacada) ha asumido un planteamiento que viene a coincidir con el esgrimido en Canadá en lo que respecta a la necesidad de acudir a la reforma constitucional como cauce preceptivo por el que han de discurrir las aspiraciones territoriales de índole secesionista. La ausencia de límites materiales para la reforma constitucional que rige en nuestro ordenamiento permite, haciendo uso de los procedimientos correspondientes, proponer cualquier modificación, sin excluir las iniciativas que resulten contrarias a la misma y que pretendan precisamente su destrucción. La idea fuerza que subyace al planteamiento esgrimido por el Alto Tribunal es que, en términos de enjuiciamiento constitucional, lo determinante no es el fin al que se aspira (la secesión) sino, muy diversamente, el medio utilizado para su consecución (reforma de la Constitución por la vía agravada del art. 168 CE). De esta forma, se excluye la constitucionalidad de cualquier iniciativa que no respete las exigencias establecidas.

BIBLIOGRAFÍA

Aláez del Corral, B.: «Constitucionalizar la secesión para armonizar la legalidad constitucional y el principio democrático en Estados territorialmente descentralizados como España», en *Revista d'Estudis Autonómics i Federals*, 22 (2015).

Buchanan, A.: «Democracy and Secession», en Moore, M., ed. *National Self-Determination and Secession*. Oxford: Oxford University Press, 1998.

Delledonne, G.; Martinico, G., eds.: *The Canadian Contribution to a Comparative Law of Secession*. London: Palgrave, 2019.

Mancini, S., «Secession and Self-Determination», en Michel, R. y Sajò, A. (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

Weinstock, D., «Constitutionalizing the Right to Secede», en *Journal of Political Philosophy*, 9:2 (2011).

Ana Carmona Contreras
Catedrática de Derecho Constitucional
Universidad de Sevilla

VER TAMBIÉN: AUTODETERMINACIÓN / CONSTITUCIÓN / DEMOCRACIA GLOBAL / ESTADO AUTONÓMICO / ESTADO FEDERAL Y FEDERALISMO / NACIONALIDADES Y REGIONES / PUEBLO / REFORMA CONSTITUCIONAL

SECTOR PÚBLICO

La definición de sector público no es pacífica. Más bien no es unívoca. La Constitución de 1978 se refiere expresamente al sector público en tres ocasiones. El art. 128 al afirmar, tras reconocer la iniciativa pública en la actividad económica, que «mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general». El art. 136 señala que el Tribunal de Cuentas es el supremo órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica del Estado, así como del sector público, y que las cuentas del Estado y del sector público estatal se rendirán al citado Tribunal y serán censuradas por el mismo. Ambos preceptos se refieren al sector público en general. Por su parte el art. 134.2 se ciñe al estatal: señala que los Presupuestos Generales del Estado tendrán carácter anual e «incluirán la totalidad de los gastos e ingresos del sector público estatal». Conviene destacar que todos los preceptos citados se encuentran en el título VII, dedicado a la «Economía y Hacienda». Parece pues que la perspectiva que caracteriza a las referencias que la Constitución contiene del sector público es fundamentalmente económica. Pero en cualquier caso ni siquiera el concepto tiene el mismo sentido en los preceptos citados.

Además de esa perspectiva, el sector público tiene un alcance mayor. Hace referencia al conjunto de las entidades jurídico-públicas diferentes de las del sector privado. Pero determinar qué entidades integra no es nada fácil. Parece que en principio no alcanzaría ni al Poder Legislativo ni al Judicial. Y si nos ceñimos tan solo a las entidades que se mueven en el ámbito de las Administraciones Públicas, la cuestión tampoco se simplifica. Según el inventario de entes del sector público de la Intervención General del Estado (febrero de 2020), existen 18.650 entes del sector público estatal, autonómico y local.

Dicho lo anterior, lo cierto es que, dado que, según la Constitución, el Tribunal de Cuentas es «el supremo órgano fiscalizador… del sector público», debería ser su Ley Orgánica la que debería ser tomada en consideración para la definición de lo que, con alcance general, debe entenderse por sector público. Según el art. 4.º uno, de la L. O. 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, «Integran el sector público: a) La Administración del Estado. b) Las Comunidades Autónomas. c) Las Corporaciones locales. d) Las entidades gestoras de la Seguridad Social. e) Los Organismos autónomos. f) Las Sociedades estatales y demás Empresas públicas». Lo que ocurre es que desde 1982 la configuración del sector público se ha complicado sobremanera. Prueba de ello es la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que lo define con más detalle en su art. 2, según el cual la citada Ley «se aplica al sector público», que comprende la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las Entidades que integran la Administración local. Pero también el «sector público institucional», que a su vez se integra por: a) cualesquiera Organismos públicos y entidades de Derecho público vincula-

dos o dependientes de las Administraciones Públicas, b) las entidades de Derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas y c) las universidades públicas (que por cierto no tienen la consideración de Administraciones Públicas). En términos casi idénticos (salvo la alusión a las Corporaciones de Derecho público) se pronuncia el art. 2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Nótese que, a diferencia de lo que ocurre con otras leyes, como ahora veremos, no se utiliza en las anteriores la expresión «a efectos de esta ley» o semejante. Lo que podría entenderse en el sentido de que en uno y otro caso se ha querido hacer referencia al concepto *general* de sector público, no a un concepto sectorial o específico.

Que hay diversas concepciones de sector público es algo que incluso los tribunales han puesto de manifiesto. Así la STS, Sala 3.ª, 3373/2016, de 4 de julio de 2016 (y con ella otras muchas), deja claro que el concepto de sector público puede serlo a muchos efectos: «Los preceptos que se citan de la Ley General Presupuestaria (arts. 2 y 3) regulan lo que llaman «el sector público estatal», y lo hacen solo «a los efectos de esta ley...», no a efectos tributarios. E incluso a tales limitados efectos incluyen las sociedades mercantiles estatales dentro de tal sector público. La sociedad anónima no es Administración, eso es claro. Pero es cien por cien del Estado y forma parte del sector público estatal. Es decir, es del Estado».

Y es que en función de la actividad, las funciones desempeñadas, el ámbito o las potestades que sobre el mismo se ejerzan, puede variar notablemente lo que haya de entenderse por sector público. Así la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, define en el art. 2, «a efectos de esta ley», el sector público estatal, que, también a efectos de la ley, se divide, según el art. 3, en «sector público administrativo, empresarial y fundacional». Enumerar siquiera el extenso plantel de entidades que se recogen en ambos preceptos excedería sin duda la intención de la presente obra. Como lo sería trascribir la complejísima enumeración de entidades que configuran el sector público a efectos de lo dispuesto en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. Su art. 2, que define el ámbito subjetivo de aplicación de la Ley, recoge en efecto una amplísima y detallada relación de entidades, Administraciones Públicas o no, que están sujetas a la legislación de contratos «del sector público». En este caso, como es sabido, la amplitud de lo que se entiende por sector público deriva del Derecho de la Unión Europea, no solo en el marco de la normativa aplicable sino de la muy extensa jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que llevado de una concepción claramente teleológica de las Directivas europeas no duda en ampliar más y más el ámbito subjetivo de las entidades que han de someterse a la regulación de la contratación pública, que va mucho más allá de lo que es la contratación de las Administraciones Públicas.

Por su parte, la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público, define en su art. 2 qué «se entiende por Administraciones y organismos del sector públi-

co a efectos de esta ley». Algo que no ocurre en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, que no hace referencia, al señalar su ámbito subjetivo de aplicación, al «sector público», sino a las entidades e instituciones que están sujetas al régimen de transparencia que en la misma se establece, que desborda el concepto mismo de sector público.

En fin, la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en su art. 1.º, no determina la competencia de los juzgados y tribunales del orden contencioso-administrativo en relación con el sector público, sino con las Administraciones Públicas (sin perjuicio de su conocimiento instrumental de cuestiones relacionadas con otras entidades e instituciones públicas), pero en el art. 9.1.c) incluye una referencia a las «entidades pertenecientes al sector público estatal» que, sin embargo, no puede entenderse extensible a entidades de Derecho privado (sin perjuicio de la alusión que la disposición adicional séptima hace a la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S. A.).

El concepto de sector público sigue siendo, pues, enormemente confuso. No se limita ni coincide con el concepto de Administración Pública, ni tampoco con el de sector público económico, pero tampoco se extiende a entidades de otros poderes públicos como el Legislativo o el Judicial. Es un concepto tan ambiguo que el legislador ha debido limitarse a definirlo a efectos de la aplicación de la legislación específica de que se trate, si bien quizá el concepto más general es el que contienen las Leyes del Tribunal de Cuentas y de Régimen Jurídico del Sector Público, que en cualquier caso tampoco son coincidentes.

BIBLIOGRAFÍA

Ariño Ortiz, G.: «La iniciativa pública en la Constitución. Delimitación del sector público y control de su expansión», *Revista de Administración Pública*, 88 (1979).

Blasco Esteve, A., coord.: *El Derecho público de la crisis económica: transparencia y sector público: hacia un nuevo Derecho Administrativo. Actas del VI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo* (Palma de Mallorca, 11 y 12 de febrero de 2011). Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2012.

Boto Álvarez, A.: *La Administración instrumental en el proceso*. Madrid: Reus, 2011.

Egea Ibáñez, E.: *Sector público: delimitación, dimensión, composición y evolución*. Pamplona: Thomson Aranzadi, 2009.

Fuertes López, M.: *Grupos públicos de sociedades*, Madrid: Marcial Pons, 2007.

García-Andrade Gómez, J.: «El «sector público» como referente actual del Derecho Administrativo», en *Revista de Administración Pública*, 209 (2019).

Gonzalo y González, L.: *El sector público en España: el sujeto y el campo de actividad financiera pública: régimen presupuestario de las Administraciones Públicas*. Madrid: Dykinson, 2005.

González Rabanal, M. C., coord.: *La acción y los retos del sector público: una aproximación*. Las Rozas: Delta, 2005

Martin Mateo, R.: *Ordenación del sector público en España*. Madrid: Civitas, 1974.

Martín-Retortillo Baquer, S.: *Derecho Administrativo económico*. Madrid: La Ley, 1988.

Piñar Mañas, J. L., coord.: *Crisis económica y crisis del Estado de Bienestar. El papel del Derecho Administrativo. Actas del XIX Congreso Ítalo-Español de Profesores de Derecho Administrativo*. Madrid: Reus, 2013.

José Luis Piñar Mañas
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad CEU-San Pablo

VER TAMBIÉN: ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO / ADMINISTRACIÓN LOCAL / ADMINISTRACIONES PÚBLICAS / BIENES PÚBLICOS / BUROCRACIA / CONTRATOS PÚBLICOS / DERECHO ADMINISTRATIVO / JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA / ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA / PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO / REGLAMENTO ADMINISTRATIVO / SANCIONES ADMINISTRATIVAS

SEGURIDAD JURÍDICA

La formación conceptual de la seguridad jurídica, como la de otras importantes categorías de la Filosofía y la Teoría del Derecho, no ha sido la consecuencia de una elaboración lógica sino el resultado de las conquistas políticas de la sociedad. La seguridad constituye un deseo arraigado en la vida anímica del hombre, que siente terror ante la inseguridad de su existencia, ante la imprevisibilidad y la incertidumbre a que está sometido. La exigencia de seguridad de orientación es, por eso, una de las necesidades humanas básicas que el Derecho trata de satisfacer a través de la dimensión jurídica de la seguridad. Si se parte de que las necesidades radicales humanas constituyen el soporte antropológico de todo valor, no entraña dificultad llegar a inferir que la lucha por la satisfacción de la necesidad de seguridad haya sido uno de los principales motores de la Historia jurídica.

La seguridad en cuanto valor jurídico no es algo que se dé espontáneamente, y con idéntico sentido e intensidad, en los distintos sistemas normativos. Su función y alcance dependerá de las luchas políticas y las vicisitudes culturales de cada tipo de sociedad. En cuanto valor jurídico, la seguridad mantiene una constante relación de engarce, no siempre adecuadamente entendida, con otros valores jurídicos y, en particular, con la *justicia*. Dicha relación ha sido planteada, las más de las veces, en términos de una antítesis inevitable cuyas polaridades vienen determinadas por: una justicia concebida como exigencia de adaptación del Derecho a las necesidades de la vida social; y una seguridad jurídica encarnada por los rasgos formales, permanentes y de obligado cumplimiento que conforman el Derecho.

Entre las expresiones de esa pretendida antítesis ha adquirido notoriedad, hasta el punto de constituir una cita clásica en la mayor parte de estudios sobre la seguridad, la expresión atribuida a J. W. von Goethe de preferir sufrir la injusticia a soportar el desorden. Esta tesis fue explicitada y ampliamente difundida por Gustav Radbruch al situar la tensión justicia/seguridad como una de las antinomias fundamentales de la idea del Derecho.

Tomando como punto de referencia las acepciones de la justicia, parece evidente que la seguridad jurídica constituye uno de los apartados de la justicia general, al ser condición de la sociedad correctamente ordenada. De ahí, la inconsecuencia de establecer una antítesis entre justicia y seguridad, por cuanto ambas comportan presupuestos y procedimientos ineludibles para garantizar el buen orden de la sociedad. Se puede hacer mención aquí de las tesis que, desde diferentes enfoques doctrinales (Chaïm Perelman, John Rawls…), propugnan una revisión del concepto de justicia tendente a acentuar su componente formal. Entendida la justicia como garantía de sometimiento a un procedimiento jurídico imparcial, de este modo, no existe obstáculo para establecer una coincidencia básica entre sus exigencias prioritarias y las de la seguridad. No obstante, esa coincidencia básica no significa que no puedan reconocerse perfiles propios de la seguridad jurídica (o, si se prefiere,

especificaciones de los requisitos de seguridad implícitos en la justicia general).

La seguridad jurídica es un valor estrechamente ligado a las exigencias de las sociedades liberales y democráticas, que se concreta en *exigencias objetivas* de: *corrección estructural* (formulación adecuada de las normas del ordenamiento jurídico) y *corrección funcional* (cumplimiento del Derecho por sus destinatarios y especialmente por los órganos encargados de su aplicación). Junto a esa dimensión objetiva, la seguridad jurídica se presenta en su acepción *subjetiva* encarnada por la *certeza del Derecho,* como la proyección en las situaciones personales de las garantías estructurales y funcionales de la seguridad objetiva.

Respecto a las condiciones de *corrección estructural,* suelen aducirse las siguientes: a) *lex promulgata,* ya que la promulgación es esencial a la ley, pues sin ella no podría llegar a conocimiento de los destinatarios y, en consecuencia, no podrían cumplirla; b) *lex manifesta,* referida a la necesidad de que las normas puedan ser compresibles y eludan las expresiones ambiguas, equívocas u oscuras que puedan confundir a los destinatarios. La claridad normativa requiere una tipificación unívoca de los supuestos de hecho, que evite, en lo posible, el abuso de conceptos vagos e indeterminados, así como una delimitación precisa de las consecuencias jurídicas. Con lo que se evita la excesiva discrecionalidad de los órganos encargados de la aplicación del Derecho; c) *lex plena*: el principio *nullum crimen nulla poena sine lege* garantiza que no se producirán consecuencias jurídicas penales para las conductas que no hayan sido previamente tipificadas. Pero correlativamente implica que ninguna conducta criminal, o, en una acepción más amplia, ninguna situación o comportamiento susceptible de revestir trascendencia jurídica, carecerá de respuesta normativa. Un ordenamiento con vacíos normativos (lagunas) e incapaz de colmarlos incumpliría el objetivo que determina su propia razón de ser: ofrecer una solución, con arreglo a Derecho, a los casos que plantea la convivencia humana; d) *lex stricta,* corolario de la división de poderes, reputada a partir de Montesquieu principio informador del Estado de Derecho: se reserva a la *ley*, en cuanto norma general y abstracta promulgada por el Parlamento, la definición de los aspectos básicos del *status* jurídico de los ciudadanos (derechos y libertades fundamentales, responsabilidad criminal, prestaciones personales y patrimoniales...). Esta cláusula de garantía tiene su complemento en el principio de *jerarquía normativa* por el que se establece un orden de prelación de las fuentes del Derecho, que impide la derogación, modificación o infracción de las normas de rango superior por aquellas que les están subordinadas; e) *lex previa,* porque se ha indicado que, así como para la concepción positivista comtiana la ciencia consiste en la previsión que se introduce en el conocimiento de la realidad, según la vieja máxima: *savoir c'est prévoir,* el Derecho a través de sus normas introduce la seguridad en la vida social al posibilitar la previa calculabilidad de los efectos jurídicos de los comportamientos; f) *lex perpetua,* ya que la estabilidad del Derecho es un presupuesto básico para generar un clima de confianza en su contenido.

La certeza del Derecho supone la faceta *subjetiva* de la seguridad jurídica, se presenta como la proyección en las situaciones personales de la seguridad objetiva.

Para ello, se requiere la posibilidad del conocimiento del Derecho por sus destinatarios. Gracias a esa información realizada por los adecuados medios de publicidad, el sujeto de un ordenamiento jurídico debe poder saber con claridad y de antemano aquello que le está mandado, permitido o prohibido. En función de ese conocimiento, los destinatarios del Derecho pueden organizar su conducta presente y programar expectativas para su actuación jurídica futura bajo pautas razonables de previsibilidad. La certeza representa la otra cara de la seguridad objetiva: su reflejo en la conducta de los sujetos del Derecho.

Las dimensiones objetiva y subjetiva de la seguridad jurídica constituyen una garantía básica y un valor que informa y fundamenta el orden jurídico de los Estados de Derecho. En virtud de la seguridad jurídica, se tiende a establecer ese clima cívico de confianza en el orden jurídico, fundada en pautas razonables de previsibilidad, que es presupuesto y función de los Estados de Derecho.

En el Estado de Derecho la seguridad jurídica y la justicia no representan dos valores antinómicos. Se produce, en dichos Estados, una necesaria convergencia entre ambos valores. El primero deja de identificarse con la mera noción de legalidad o de positividad del Derecho, para conectarse inmediatamente con aquellos bienes jurídicos básicos cuyo «aseguramiento» se estima social y políticamente necesario. La justicia, a su vez, pierde su dimensión ideal y abstracta para incorporar las exigencias procedimentales, es decir, las garantías formales requeridas para la plena realización de sus postulados en una sociedad bien ordenada.

BIBLIOGRAFÍA

Arcos Ramírez, F.: *La seguridad jurídica. Una teoría formal*. Madrid: Universidad Carlos III, Dykinson, 2000.

Hierro Sánchez-Pescador, L. L.: «Seguridad jurídica y actuación administrativa», en *Documentación administrativa,* 218-219 (1989).

López Medel, J.: «La seguridad jurídica como tema de la Filosofía del Derecho», en *Estudios de Deusto*, IX, 18 (1961).

Martínez Roldán, L.: «La seguridad jurídica, realidad o ilusión», en *Colección de Estudios Jurídicos. Homenaje al Profesor Pérez Montero*. Oviedo: Universidad de Oviedo, 1988.

Mezquita Del Cacho, J. L.: *Seguridad jurídica y sistema cautelar*. Barcelona: Bosch, 1989.

Palma Fernández, J. L.: *La seguridad jurídica ante la abundancia de normas*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

Peces-Barba, G.: «La seguridad jurídica desde la Filosofía del Derecho», en *Anuario de Derechos Humanos*, 6 (1990).

Pérez Luño, A.-E.: *La seguridad jurídica*. Barcelona: Ariel, 1994.

— «La seguridad jurídica en el Estado de Derecho», en *Ius et Praxis* (Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima), 16 (1992).

— «Seguridad jurídica», voz en la obra colectiva a cargo de E. Garzón Valdés y F. Laporta, *El Derecho y la Justicia,* de la *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*. Madrid: Trotta, 1996.

RADBRUCH, G.: *Filosofía del Derecho*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1936.
RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, L.: «Justicia y Seguridad», en *Estudios jurídico-sociales. Homenaje al Profesor Luis Legaz y Lacambra*. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 1960.

Antonio-Enrique PÉREZ LUÑO
Académico correspondiente de la
Real Academia de Ciencias Morales y Políticas
Catedrático de Filosofía del Derecho y Profesor Emérito
Universidad de Sevilla

VER TAMBIÉN: ARBITRARIEDAD / BUEN GOBIERNO / CODIFICACIÓN / ESTADO CONSTITUCIONAL / ESTADO DE DERECHO / IGUALDAD ANTE LA LEY / LEGALIDAD (Principio de) / ORDENAMIENTO JURÍDICO / PRINCIPIOS Y VALORES CONSTITUCIONALES / REGISTROS JURÍDICOS

SENADO

La división del Legislativo en dos Cámaras ha sido una constante histórica, por más que no hayan faltado (ni falten en la actualidad) excepciones. Salvando posibles anacronismos, en Roma la compartición de funciones entre el Senado y los *comitia*, y en especial, dentro de estos la distinción entre los *curiata* y los *centuriata*, serían ejemplos remotos de ello. Históricamente, las hoy segundas Cámaras serían las primeras en surgir, con el *magnum concilium* de nobleza y alto clero como órgano de auxilio de los monarcas medievales. La llegada de los representantes de las ciudades, la emergente clase burguesa, cambiará la situación y provocará la división en dos Cámaras del órgano primitivo. Precisamente, una de las cuestiones que transformará los Estados Generales en Asamblea Nacional será la infrarrepresentación de la burguesía frente a los estamentos tradicionales. La opción entre unicameralismo y bicameralismo será una de las decisiones políticas fundamentales del nuevo régimen, que tras el paréntesis de la Constitución de 1793, se decantará ya para siempre por el esquema dual. Con todo, la progresiva democratización del sufragio en el siglo XIX dará lugar al declive de las Cámaras Altas, contempladas como refugio de un mundo que se resiste a entregar el testigo, con una imparable erosión de sus competencias frente a la Cámara popular, proceso del que es epítome la *Parliament Act* británica de 1911, por la que los Lores pasan a tener un veto meramente suspensivo. Parecía cumplirse la conocida como «maldición» de las segundas Cámaras, condenadas a desaparecer si no se democratizaban, pero, alcanzado dicho objetivo, sometidas a igual veredicto en cuanto réplica superflua de la Cámara Baja. No obstante, el genio de los padres fundadores de la Federación estadounidense en 1787 había ofrecido un nuevo modelo de Cámara Alta cuya *raison d'être* era la representación territorial en Estados compuestos, tabla de Carnéades para los Senados contemporáneos.

El constituyente español de 1978, siguiendo el esquema tradicional del constitucionalismo liberal patrio (con las excepciones, no menores, de Cádiz y la Segunda República), optó por el esquema bicameral, y pareció acoger la tendencia inaugurada en Filadelfia y seguida por Suiza o Alemania. Así, el art. 69 CE define al Senado como Cámara de representación territorial. Sin embargo, la Constitución tras ofrecerle el fuego prometeico arroja a la Cámara al hades institucional, tanto por lo que se refiere al diseño de su composición como, sobre todo, a la atribución de competencias. «Trampa dorada», como se ha llegado a afirmar, pues se le atribuye una grave responsabilidad, ser piedra de toque del Estado autonómico, y, por el contrario, no se le otorgan instrumentos para cumplir con la misión asignada. Por lo que respecta a su composición, por cuanto que se opta por la provincia como base territorial de la Cámara (cuatro senadores por cada una, tres en cada isla mayor y dos en las restantes islas o agrupaciones de ellas, así como en Ceuta y Melilla), mientras que el elemento autonómico se ve orillado (un senador por cada Comunidad Autónoma y por cada millón de habitantes de esta, designado por su Asamblea legislativa). Pero es en el plano competencial donde las expectativas se ven más defraudadas, con un bicameralismo no ya imperfecto sino claramente descompensado. El art. 90.2 CE, no contrarrestado con otro que previera salvedades en determinados ámbitos, es el

«acto principal» al establecer que el veto del Senado es salvable por la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados e incluso, pasados dos meses, por la simple, estableciendo una situación de subordinación parecida respecto a las enmiendas introducidas por la Cámara Alta. Únicamente en relación con la reforma constitucional (arts. 167 y 168) o la «intervención federal» (art. 155) se establece la paridad e incluso la exclusividad competencial para el Senado. Consuelo insuficiente para una Cámara llamada a ser protagonista de la andadura que se iniciaba entonces.

Ya desde los primeros pasos de la nueva criatura son numerosas las voces (populares, pero también académicas) que denuncian el incumplimiento de la *vocatio* del Senado, cuando no la perfecta inutilidad de este. Con todo, conviene no exacerbar la crítica, so pena de ser injustos. Así, si bien el Senado no ha pasado de potencia a acto, no por ello cabe desconocer que en algunos aspectos ha podido acercarse al desiderátum del art. 69 CE. En primer lugar, es una Cámara en donde la denominada España vacía puede hacer oír su voz, toda vez que las ocho provincias que agrupan al 50% de la población española solo están representadas por 32 de los 208 escaños de elección directa. La territorialidad está presente en el día a día del Senado, dado el origen de gran parte de sus miembros (alcaldes, ex dirigentes autonómicos…), lo que se trasluce en el cariz de la mayor parte de sus iniciativas. No puede, por tanto, afirmarse sin más que reproduce en su composición la Cámara Baja, toda vez que, además, su peculiar fórmula electoral, mediante el sistema mayoritario con voto limitado y listas semiabiertas (o semibloqueadas, según dónde se ponga el acento), ha dado lugar a situaciones interesantes desde el punto de vista de la dinámica electoral (con mayorías coyunturales distintas en una y otra Cámara). De otro lado, desde el punto de vista técnico, el *iter* senatorial ha servido en no pocas ocasiones como trámite de mejora (muchas veces sustancial) de las iniciativas procedentes del Congreso, todo ello favorecido por la menor exposición mediática en la Cámara Alta. Finalmente, al Senado se le achacan males que no son exclusivos, ni siquiera propios, del mismo, siendo atribuibles a una dinámica partidista más presente si cabe en el Congreso (dominio de los partidos, disciplina de voto, escasas posibilidades de control, etc…). De ahí que las propuestas de supresión del Senado basadas en tales motivos carezcan de mayor imaginación que el reducir el problema a la mitad.

Si el paciente se encuentra en la sala de espera desde su mismo nacimiento (siendo innumerables las ponencias de reforma constituidas en el seno de la propia Cámara), no por ello ha de renunciarse a diseñar un futuro mejor. Demostrada la insuficiencia de la reforma reglamentaria como remedio taumatúrgico (como ha puesto de manifiesto la aplicación de la operada en 1994), la modificación de nuestra Carta Magna habría de centrarse en dos aspectos: su composición y sus atribuciones. El primero de ellos es el auténtico escollo de la eventual reforma, dado que resulta difícil el acuerdo político en relación con las diversas opciones: igual representación de las Comunidades Autónomas (Estados Unidos o Suiza), representación acorde con la importancia demográfica (sistema acogido con correcciones en Austria y en menor medida en Alemania), privilegiada en función de la «historicidad» de algunas de ellas (modelo excepcional, salvo el caso canadiense en relación con las provincias fundadoras, Ontario y Quebec), etc. A ello se sumaría la diatriba entre un modelo de elección directa por los ciudadanos, de designación por las Asambleas autonómicas, o, siguiendo el diseño alemán,

configurar una Cámara de gobiernos de los entes autonómicos. Las posibilidades son numerosas, si bien no es un dato que necesariamente deba conducir al pesimismo, pudiendo ver en ello también una oportunidad para ensayar fórmulas imaginativas que pudieran hacer frente a la supuesta desafección ciudadana hacia la política.

Pero es en el terreno de sus competencias en donde se juega el futuro del Senado. Otorgar un mayor peso en el conjunto decisional del Poder Legislativo se antoja clave, pudiendo servir como referente el Bundesrat alemán, con un poder de veto prácticamente insalvable en relación con las leyes de contenido territorial. Incluso aunque no se modificara su actual composición, la especialización territorial en sus competencias sería un elemento de por sí suficiente para transformar a la Cámara, y con ella al sistema constitucional español. Tal incremento de competencias debería ir acompañado de la eliminación de los más que atisbos territoriales presentes en el Congreso, absolutamente disfuncionales en la actualidad, la mayoría de ellos derivados de la representación mínima inicial asignada a cada provincia.

Bien avanzado el siglo XXI, la utilidad de las segundas Cámaras resulta evidente. Así lo atestigua el hecho de que la gran mayoría de democracias occidentales cuenten con la misma (siendo las excepciones más destacadas Portugal, Israel y la mayoría de países escandinavos), a pesar de que algunos quisieron darlas por muertas hace mucho tiempo ya (así, cabe recordar como en 2013 el pueblo irlandés se pronunció en referéndum a favor de su mantenimiento). En el caso español es preciso sacar al Senado de la «tierra de nadie» en la que se encuentra. Para ello es necesario un Compromiso de Connecticut a la española, en donde todos sepan ceder para ganar a la postre.

BIBLIOGRAFÍA

Aja, E., *et al.*: *La reforma constitucional del Senado*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

García-Escudero Márquez, P.; Pendás García, B.: «El Senado en el sistema constitucional español: realidades y perspectivas», en *Revista de las Cortes Generales*, 2 (1984).

Lutherm J.; Passaglia, P.; Tarchi, R., eds.: *A world of Second Chambers: handbook for constitutional studies on bicameralism*. Milano: Giuffrè, 2006.

Solozabal Echavarría, J. J., ed.: *Repensar el Senado: estudios sobre su reforma*. Madrid: Senado, 2008.

Tripathi, R. C., ed.: *Second Chambers: bicameralism today*. New Delhi: Rajya Sabha Secretariat, 2002.

Alfonso Cuenca Miranda
Letrado de las Cortes Generales

VER TAMBIÉN: COMUNIDADES AUTÓNOMAS / CONGRESO DE LOS DIPUTADOS / CONSTITUCIONALISMO HISTÓRICO ESPAÑOL / CORTES GENERALES / DIVISIÓN DE PODERES / ESTADO DE LAS AUTONOMÍAS / ESTADO FEDERAL Y FEDERALISMO / MANDATO PARLAMENTARIO / NACIONALIDADES Y REGIONES / PARLAMENTOS / PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO / REGLAMENTO PARLAMENTARIO / REPRESENTACIÓN POLÍTICA

SERVICIO PÚBLICO

No existe un concepto constitucional, legal, jurisprudencial o doctrinal de *servicio público* que resulte universalmente aceptado. Existen, en realidad, tantos como ángulos desde los que cabe contemplar la actuación de los poderes públicos y la regulación de los límites de la acción administrativa.

En términos generales, en el Derecho español existen tres grandes acepciones del concepto de servicio público.

En primer lugar, se encuentra el servicio público como sinónimo de toda forma de actuación administrativa. Es el concepto clásico desarrollado a comienzos del siglo XX por Leon Duguit en *Les Transformations Générales du Droit Public* (1913) y sus continuadores de la Escuela de Burdeos, en el cual, con una orientación fuertemente social, se intentó reemplazar la *soberanía* (el poder de coacción) por el *servicio público* como fundamento y límite de toda la acción de la Administración.

Este concepto, más sociopolítico que jurídico, mantiene algún llamativo reflejo en las normas positivas, especialmente en la construcción histórica del principio de responsabilidad patrimonial de la Administración, plasmada en el viejo art 121.1 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, aún vigente. Este principio se trasladó, prácticamente con las mismas palabras, al art. 106.2 de la Constitución, según el cual «Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos».

Al hilo de estos preceptos legales, la jurisdicción contencioso-administrativa y el Consejo de Estado han desarrollado un concepto de servicio público asimilable a cualquier forma de *actuación* de los poderes públicos.

En segundo término, el concepto de servicio público se utiliza en nuestra doctrina, en la Constitución y en nuestros textos legales vigentes como equivalente a la actividad *prestacional* de la Administración. Esto es, aquella acción pública que se adentra en la satisfacción directa de necesidades vitales de los ciudadanos.

Este concepto, más restringido que el anterior, fue brillantemente teorizado en la España de los años cincuenta del siglo XX por Luis Jordana de Pozas en dos conocidos opúsculos (*Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho Administrativo* y *El problema de los fines de la actividad administrativa*) en los que explicaba la célebre clasificación tricotómica de las formas de acción administrativa: policía, servicio público y fomento.

Lo característico de esta actividad prestacional de la Administración es que se realiza de forma sistemática, regular y continua a través de una organización jurídico-pública que se responsabiliza de la misma. Es el caso paradigmático de la Administración asistencial sanitaria y de la Administración educativa.

Sin embargo, no es consustancial a este segundo concepto de servicio público

la existencia de una *reserva* de titularidad en favor de la Administración de una determinada actividad.

En España, los poderes públicos garantizan el acceso universal a la educación y a la asistencia sanitaria, y, a tal efecto, prestan directamente el servicio a los ciudadanos mediante una vasta red de centros públicos. Pero nunca estos *servicios* han sido reservados o *monopolizados* por la Administración excluyendo de estos ámbitos la iniciativa privada. No lo están, de hecho. Ni tampoco se ha reclamado tal cosa –seriamente– desde ningún ámbito ideológico.

Mas aún; en el caso de la educación, el art. 27.6 CE reconoce *«… a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes…»,* lo que vendría incluso a vedar la posibilidad de realizar legalmente una reserva al Estado. La creación de centros educativos privados es un derecho fundamental de todos los españoles. Y algo similar sucede con la asistencia sanitaria.

El concepto del servicio público asociado a *actividad prestacional* del Estado (sanidad y educación, como referentes nucleares) es –sin duda– el más extendido en el lenguaje común del mundo jurídico y en los propios textos legales. También en el ámbito político y económico, así como en la opinión pública.

Existe finalmente una tercera acepción del servicio público también presente en nuestra Constitución, que se desenvuelve en un plano eminentemente técnico-jurídico. Esta alude a la existencia de una *reserva exclusiva* de actividad en favor del sector público. Es decir, a la delimitación de ámbitos de actividad que se sustraen a la libre iniciativa y concurrencia privada mediante una decisión explícita del Estado (históricamente denominada *publicatio*) adoptada por motivos de interés público.

Este concepto jurídico de servicio público es el que aparece en el art. 128.2 CE, en el cual, tras reconocer como principio general «… la iniciativa pública en la actividad económica…», dispone que «… mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio…».

Según el Tribunal Constitucional, el Estado cuenta con un amplio margen de apreciación (basado en consideraciones de todo orden) a la hora de identificar el concepto de «… *servicio esencial*…», y, por tanto, de discrecionalidad política para crear legalmente un servicio público mediante la *publificación* de una determinada actividad económica. Así fue reconocido en la polémica STC 127/1994, de 5 de mayo, relativa a los recursos de inconstitucionalidad formulados contra la Ley 10/1988, de 3 de mayo, de Televisión Privada, posiblemente en la que más abiertamente se ha abordado la dimensión constitucional de esta cuestión.

No obstante, el hecho de que el legislador tenga una capacidad muy amplia de decisión para *publificar* actividades no implica, como señala el TC, que no existan límites materiales para ello (la exigencia de *esencialidad* del servicio) y que aquellas decisiones no puedan ser fiscalizadas por el Tribunal Constitucional. Mucho menos aun desde la irrupción en nuestro sistema jurídico del Derecho de la UE y de la nueva categoría de los *Servicios de Interés General* (SIG), con un perfil eminentemente material.

Los servicios esenciales *publificados* que no vienen referidos al ejercicio de potestades *iure imperiii* (esto es, al ejercicio de la *«… autoridad…»*) son teóricamente susceptibles de aprovecha-

miento económico. Y ello implica que admiten una eventual gestión indirecta mediante las diversas técnicas de colaboración público-privada existentes en nuestro sistema jurídico. Bien *institucionales* (a través de la constitución de entidades mixtas público-privadas), bien *concesionales*.

Se produce –en el caso de las *concesiones*– un fenómeno jurídico curioso, creación brillante del Derecho Administrativo continental europeo, que es la disociación entre la *titularidad* pública del servicio, que *siempre* retiene la Administración, y la gestión privada del mismo. Algo semejante a la separación de origen medieval entre el *dominium eminens* y el dominio útil.

En una concesión de servicio público (abastecimiento de agua, transporte urbano, recogida de residuos, etc.) la responsabilidad última sobre su funcionamiento y la garantía de su continuidad, seguridad, calidad y accesibilidad universal siempre recae en la Administración concedente. En las concesiones de servicios públicos es erróneo, por tanto, hablar de *privatización*. Solo existe la gestión privada indirecta, tutelada y fuertemente intervenida, de un servicio de titularidad pública.

Con arreglo a esta tercera acepción del concepto de servicio público (estrictamente técnica), podríamos definirlo como una actividad económica que el legislador considera esencial (de interés general) para la comunidad y que, por ello, declara de titularidad pública (*publifica*) y sustrae de la libre iniciativa empresarial privada, siendo posible a partir de ese momento tanto su gestión directa por la propia Administración titular del servicio como la utilización de cualquiera de las diversas formas de gestión indirecta, institucionales y concesionales (contractuales o patrimoniales) reguladas en la legislación vigente.

Este es el concepto técnico-jurídico de servicio público que contempla la legislación histórica española de contratos del sector público (hoy codificada en la Ley 9/2017) y, sobre todo, la legislación de régimen local, en la que esta institución jurídica tiene una especial presencia y desarrollo normativo.

Estas son –a grandes rasgos– las tres acepciones del concepto de servicio público manejadas en nuestra Constitución y en el Derecho Administrativo español. En definitiva, recogiendo una idea muy acertada del profesor y académico Fernando Garrido Falla, el servicio público «no debe ni quiere morir». Por tanto, es imprescindible que funcione con eficacia y eficiencia.

***

Los servicios públicos han tenido un protagonismo destacado en la pandemia de la COVID-19. De hecho, la gestión de la crisis y la propia declaración del estado de alarma han tenido por objeto la preservación de los servicios públicos en un razonable nivel de funcionamiento. El Sistema Nacional de Salud (SNS) ha sido sometido a una tensión sin precedentes, sobre todo en algunas zonas geográficas, acercándose peligrosamente a los umbrales del colapso.

En el ámbito asistencial hospitalario ha resistido la prueba con aceptable eficacia gracias a la solidez de sus estructuras y a la profesionalidad de su personal facultativo. Pero ha evidenciado graves deficiencias en su faceta preventiva y de salud pública, así como en sus instrumentos de coordinación interterritorial.

La transferencia generalizada de las competencias gestoras en materia de salud a las Comunidades Autónomas, culminada en 2002, no solo ha implicado la progresiva destrucción de las estructuras administrativas del Ministerio de Sanidad (el INSALUD, con su estructura territorial coordinada, principalmente) sino, sobre todo, el abandono de la política nacional de salud pública.

La atribución al Ministerio de Sanidad del mando único sobre el conjunto del SNS, como establece el Real Decreto que declara el estado de alarma (arts. 4, 12 y 13), ha sido mucho menos eficaz de lo necesario (al igual que en otros ámbitos de gestión pública) por la notoria ausencia de los «instrumenta regna» imprescindibles para poder asumir tales poderes. Ni siquiera de la coordinación de los servicios de salud autonómicos. Será conveniente reflexionar a fondo sobre esta cuestión y plantearnos la necesaria reconstrucción de la Administración estatal de salud pública.

Los servicios públicos prestados en régimen de colaboración público-privada (infraestructuras, transportes, servicios públicos locales, servicios sociales …etc.) han sido sometidos también a un estrés sin precedentes. Los concesionarios de estos servicios públicos se han visto en la obligación de continuar prestándolos en condiciones de extrema dificultad y con la demanda prácticamente desaparecida en muchos casos (p.ej. transporte de viajeros o infraestructuras viarias) o gravemente mermada (v.gr. servicios públicos locales). Los mecanismos característicos del Derecho de los contratos públicos (esencialmente la técnica jurídica del reequilibrio económico-financiero de las concesiones) se han revelado insuficientes en estos casos, principalmente por su falta de certidumbre y dilación en el tiempo.

En todo caso, el relanzamiento y modernización de estos grandes servicios públicos, con inversiones sustentadas en proyectos de colaboración público-privada, constituye una de las mejores opciones para acometer un programa de reconstrucción de la economía nacional y de nuestro tejido productivo de forma eficiente y con un impacto aceptable sobre las cuentas públicas.

BIBLIOGRAFÍA

García de Enterría, E.: «La actividad industrial y mercantil de los municipios», en *Revista de Administración Pública*, 17 (1955).

Garrido Falla, F.: «El concepto de servicio público en el Derecho español», en *Revista de Administración Pública*, 135 (1994).

Jordana de Pozas, L: «Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho Administrativo», en *Revista de Estudios Políticos,* 48 (1949).

— «El problema de los fines de la actividad administrativa», en *Revista de Administración Pública*, 4 (1951).

Laguna de Paz, J. C.: *Servicios de interés económico general*. Madrid: Civitas, 2009.

Muñoz Machado, S.: *Servicio Público y mercado*. Pamplona: Aranzadi, 1998.

Parejo Alfonso, L.: «Servicios públicos y servicios de interés general: la renovada actualidad de los primeros», en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 7 (2004).

Sala Arquer, J. M.: *El principio de continuidad de los servicios públicos: sus orígenes en Derecho español*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1977.

Sosa Wagner, F.: *La gestión de los servicios públicos locales*. Madrid: Civitas, 1995.

Villar Palasí, J. L.: «La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo», en *Revista de Administración Pública*, 3 (1950).

Alberto Dorrego de Carlos
Letrado de las Cortes Generales
Vocal permanente de la Comisión General de Codificación
Abogado

VER TAMBIÉN: ADMINISTRACIONES PÚBLICAS / ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO / BIENES PÚBLICOS / CONTRATOS PÚBLICOS / DERECHO ADMINISTRATIVO / ESTADO SOCIAL / EXPROPIACIÓN FORZOSA / JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA / **PANDEMIA: PERSPECTIVA JURÍDICA** / POLÍTICAS PÚBLICAS / SECTOR PÚBLICO

SOCIOLOGÍA DEL DERECHO

La Sociología del Derecho es una disciplina científica y académica cuyo objeto de investigación es el Derecho entendido como un fenómeno social. A diferencia de la Teoría del Derecho, que se propone el estudio del Derecho desde una perspectiva interna (punto de vista del jurista), la Sociología jurídica estudia el Derecho en su perspectiva externa (punto de vista del sociólogo). En esto se asemeja a otras ciencias que, teniendo como objeto al fenómeno jurídico, lo contemplan también desde una perspectiva externa: la Antropología jurídica, la Psicología jurídica, el análisis económico del Derecho. La Sociología del Derecho es, al igual que estas disciplinas, una ciencia «factualista», ya que se empeña en la investigación de los «hechos jurídicos»; o más exactamente, de los «hechos socio-jurídicos». También suele afirmarse que investiga las relaciones del Derecho con la sociedad. Su método es el denominado «método sociológico», que consiste básicamente en determinar cuáles son los hechos socio-jurídicos y contemplarlos desde la perspectiva del principio de causalidad. La Sociología del Derecho es Sociología, forma parte de la Sociología; y su objeto es el Derecho en sus dimensiones sociales. Por esta razón su sede universitaria es necesariamente doble: la facultad de Derecho y la de Sociología. Paradójicamente, en España no existen cátedras de Sociología jurídica en ninguna de las dos facultades (no así en otros países, como Italia). Su actual vigencia universitaria es deficiente en las facultades de Derecho, con motivo de los nuevos planes de estudio a raíz de «Bolonia», y en las de Sociología no existe como disciplina autónoma.

No se puede entender el origen y la evolución de la Sociología del Derecho si se la desliga de la Sociología general, que surge como ciencia a partir del éxito del paradigma positivista. Hasta entonces se había reflexionado ciertamente sobre la sociedad, pero en el marco de la Filosofía. Platón o Aristóteles no pueden ser considerados como «sociólogos», sino como «filósofos sociales». Precursores de la Sociología como ciencia, y más en concreto de la Sociología jurídica, son Montesquieu y Tocqueville. A Comte y a Spencer también los podemos considerar precursores de la Sociología general, cuyos «padres fundadores» son Karl Marx, Max Weber y Émile Durkheim. En la Sociología jurídica hay que añadir también a Eugen Ehrlich; de una etapa posterior es Theodor Geiger.

¿Se puede considerar a Marx un sociólogo? No cabe duda de que en Marx encontramos una teoría de la sociedad, pero ante todo es un filósofo de la Historia que, como tal, presenta críticamente la evolución de la sociedad occidental subrayando sus contradicciones internas, a la par que propone un programa de actuación política (no necesariamente pacífica) para su transformación. Su «Sociología» es, más que nada, una historia social centrada en la lucha de clases y en la crítica del capitalismo. La Sociología propiamente dicha es un fenómeno intelectual «burgués» (G. Lukács *dixit*) que, en gran parte, surge como respuesta a la concepción materialista y conflictualista de la sociedad, propia del marxismo.

El positivismo surge con fuerza a principios del XIX e implanta el imperio de su modelo de ciencia, representado por las Ciencias naturales, sobre todo la Física matemática, pero también la Biología. La

Física es una ciencia factualista; estudia hechos, los «hechos físicos», de acuerdo al principio de causalidad. Estos fenómenos (causas y efectos) son observables y verificables. Además, sus relaciones recíprocas son expresables en fórmulas matemáticas. Es, pues, una ciencia exacta. Su dimensión práctica es la técnica, gracias a la cual la vida de los humanos habrá de transformarse en un sentido muy positivo a partir del siglo XIX, generando una ideología optimista en favor del progreso: la ideología «progresista». Más tarde, la «ilusión» por el progreso científico se desdibujaría ante los estragos de la guerra, sobre todo, de la bomba atómica. Hoy se tiene conciencia del «lado oscuro» de la ciencia y de la técnica, pero el siglo del triunfo epistemológico del positivismo se caracterizó por un optimismo ingenuo. Fue este siglo, el XIX, el que dio lugar a la consolidación de los modelos científicos positivos, centrados en la investigación de hechos. Así surgió la Sociología, como una ciencia para investigar los «hechos sociales». Fue un producto del positivismo pues trataba de imitar el modelo de la Física; por este motivo se le denominó también «Física social».

La Sociología también recibió el influjo de la Biología (biología social, organicismo), lo que se concretó en ver las sociedades como organismos vivos, cuya fisiología se manifiesta en las funciones de los distintos órganos, y cuya vida está sometida a los avatares de las enfermedades y la muerte. Esta inspiración biologista permite comprender el origen del funcionalismo sociológico, así como la investigación de la patología social y la muerte de las civilizaciones.

En su conjunto, por tanto, son tres los conceptos básicos del método sociológico: causa, efecto y función; referidos siempre a los hechos o fenómenos sociales.

Con el dominio epistemológico del positivismo, y con él de la Sociología, se planteó la cuestión de si la ciencia de los juristas (Dogmática, Jurisprudencia) era una verdadera ciencia. La respuesta general fue negativa, habida cuenta de que los juristas nunca se dedicaron a investigar hechos, sino a interpretar textos. Solo Weber dio una respuesta distinta. La actitud general de los sociólogos ante el Derecho y la Ciencia jurídica tradicional fue considerarlos bien como «superestructura» (Marx), bien como «metafísica» (Comte), bien como «arte» (Ehrlich), bien como «moral» (Durkheim). No como «Ciencia», la palabra sagrada para el positivismo genuino. El ataque, por tanto, comenzó desde las filas de los sociólogos. La respuesta de los juristas no se hizo esperar. Su idea básica fue que «el dato positivo» del Derecho es la ley o, con criterio más amplio, la norma. Por tanto, los juristas se consideraban tan «positivistas» como el que más, por mucho que no investigaran hechos. La polémica estaba servida, y lo que mejor la representa es la discusión entre Hans Kelsen y Eugen Ehrlich.

Ehrlich, uno de los impulsores del «Derecho libre», defendía en su obra principal (*Fundamentación de la Sociología del Derecho*, 1913) que la Jurisprudencia tradicional no contempla los hechos del Derecho y, por consiguiente, no es una ciencia, sino un «arte», una técnica interpretativa al servicio de los jueces. La crítica de Kelsen, aun teniendo razón en que no es posible sustituir la Ciencia jurídica por la Sociología del Derecho, difuminó mucho la posibilidad de implantación académica de esta última disciplina, aunque Kelsen no rechaza su necesidad: junto a la ciencia normativa del Derecho admite que pueda haber una Sociología jurídica, subordinada o dependiente de la primera.

Además de esta posición crítica de Ehrlich, aparecen en esta época otras manifestaciones más suavizadas de la «sociologización del pensamiento jurídico»: las tendencias que defienden la idea de la que Ciencia jurídica debe adoptar una actitud más abierta e incorporar a su propio trabajo los aportes de la Sociología. En esta dirección se sitúan autores del movimiento del Derecho libre, como Hermann Kantorowicz, y los llamados realismos jurídicos: el escandinavo (Karl Olivecrona, Alf Ross) y el americano (*Sociological jurisprudence*: Roscoe Pound, Oliver W. Holmes, Karl N. Llewellyn).

Hemos visto que uno de los problemas que afecta a la Sociología del Derecho es la generalizada pretensión de sustituir a la Ciencia de los juristas; intento que la realidad ha demostrado inviable, porque, además, ni siquiera es necesario. La línea correcta es la de la dualidad, tal como señaló Weber. En esta línea, propongo en mi libro *Sociología del Derecho* la tesis del paralelismo: Ciencia del Derecho (esto es, Teoría del Derecho y Dogmática jurídica) y Sociología jurídica son dos disciplinas diferentes, pues contemplan el Derecho desde perspectivas distintas: interna y externa, respectivamente. Cada una de ellas tiene su propio objeto y su propio método. Imaginemos dos países contiguos separados por la frontera que forma un río: cada territorio es diferente y tiene sus propias leyes, costumbres y lenguaje; se pueden establecer puentes y pasar de uno a otro, pero solo para volver al propio, ya que es donde se vive y se trabaja. Esta imagen sirve para comprender que el pensamiento jurídico y el sociológico son cosas diferentes y, aunque se pueda transitar de uno a otro, constituyen dos terrenos diferenciados por una frontera. El jurista hará muy bien en «enterarse» de la realidad social. Lo mismo puede decirse del sociólogo: le será conveniente perder el miedo o la aversión a los estudios jurídicos. Pero no nos engañemos: sus respectivos trabajos son claramente distintos. El jurista es, ante todo, un intérprete de textos y un teorizador sobre dichos textos; y el sociólogo es un investigador de hechos sociales. De ahí la tesis del paralelismo.

Sobre esta base de paralelismo disciplinar es posible articular un programa completo de Sociología del Derecho. Si la Teoría del Derecho se desglosa en teoría formal, teoría de la dogmática (de las instituciones jurídicas) y teoría de las decisiones jurídicas, la Sociología del Derecho –paralelamente– la podemos estudiar distinguiendo también tres partes paralelas: la Sociología formal del Derecho, la de las instituciones jurídicas y la de las decisiones jurídicas.

Como cualquier rama de la Sociología, la Sociología del Derecho se divide en teórica y empírica. La primera proporciona el instrumental teórico y metodológico. La segunda se encarga de las investigaciones de campo con encuestas e introspecciones de todo tipo. La Sociología empírica del Derecho usa los mismos medios de investigación que cualquier otra rama sociológica.

BIBLIOGRAFÍA

Además de los clásicos de la Sociología del Derecho, citados en el texto, véanse:

Carbonnier, J.: *Derecho flexible. Para una Sociología no rigurosa del Derecho*. Madrid: Tecnos, 1974.

Conde Gaxiola, N.: *Sociología jurídica*. México: Instituto Politécnico Nacional, 2010.
Cotterrell, R.: *Introducción a la Sociología del Derecho*. Barcelona: Ariel, 1991.
Díaz, E.: *Sociología y Filosofía del Derecho*. Madrid: Taurus, 1971.
Durkheim, É.: *Las reglas del método sociológico*. Edición de G. Robles. Madrid: Biblioteca Nueva, 2005.
Lautmann, R.: *Sociología y Jurisprudencia*. Buenos Aires: Sur, 1974.
Rehbinder, M.: *Sociología del Derecho*. Madrid: Pirámide. Madrid, 1981; Santiago de Chile: Olejnik, 2018. 3.ª ed.
Robles, G.: *Sociología del Derecho*. Madrid: Civitas, 1993; Santiago de Chile: Olejnik, 2018. 3.ª ed.
Rodríguez Paniagua, J. M.: *Derecho y sociedad*. Madrid: Tecnos, 1979.
Soriano, R.: *Sociología del Derecho*. Barcelona: Ariel, 1997.
Treves, R.: *La Sociología del Derecho. Orígenes, investigaciones, problemas*. Barcelona: Ariel, 1988.

Gregorio Robles Morchón
Académico de Número de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas
Catedrático de Filosofía del Derecho

VER TAMBIÉN: ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO / CIENCIA / COSTUMBRE JURÍDICA / EFICACIA JURÍDICA / INTERPRETACIÓN JURÍDICA / POSITIVISMO JURÍDICO / PROGRESO / TEORÍA COMUNICACIONAL DEL DERECHO / TEORÍA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO

SOFT LAW

La expresión en lengua inglesa *soft law*, que se emplea entre nosotros sin traducir, hace referencia a las normas cuyo incumplimiento carece de sanción, entendiendo esto último en el sentido más amplio, es decir, como consecuencia (jurídica-formal) de orden negativo. En efecto, los conceptos por así decir convencionales explican que la estructura de toda norma, y el ordenamiento no sería sino un conjunto de ellas, consiste en definir un supuesto de hecho (una prohibición, típicamente) para establecer, en caso de contravención, un castigo.

El Derecho Penal, que en ese sentido representaría la quintaesencia de lo jurídico, consiste, por ejemplo, en la tipificación legislativa (el famoso Código) de las conductas –los delitos– que se consideran más lesivas para los bienes jurídicos que se juzgan más dignos de protección –la vida humana en primer lugar– y estipular a continuación la pena: en el mismo esquema, la privación de libertad, que es lo más gravoso que le puede ocurrir a uno. Es un planteamiento hijo del positivismo legalista –la tipicidad es eso mismo pero llevado al extremo–, que parte de la base de que las normas se aplican siempre y dejan al intérprete un margen de apreciación nulo o escaso.

En el Derecho privado en su integridad, o sea, el que regula los negocios jurídicos, incluidos los actos de comercio, la sanción característica en caso de incumplimiento (un contrato firmado por quien carece de capacidad, por ejemplo, o un acuerdo de una entidad mercantil que va contra preceptos de *ius cogens*) es la invalidez, en su doble grado de anulabilidad y nulidad de pleno derecho, con entera independencia de los supuestos más groseros, donde incluso el negocio se reputaría inexistente y ni tan siquiera haría falta que así se declarase judicialmente.

En el Derecho Administrativo, del que a estos efectos forma parte el Tributario, el cuadro de posibilidades es más rico, pero todo sigue partiendo de los esquemas civiles. Las leyes son textos que establecen para los ciudadanos unos deberes (sobre todo, de dar –pagar un tributo– o de no hacer –no contaminar–) y, en caso de no observarse por los destinatarios, la Administración cae en peso sobre ellos mediante los llamados actos administrativos de gravamen (una multa, en la misma idea de fijarnos en los arquetipos). Pero ese acto, que resulta recurrible en vía judicial, debe haber observado una serie de requisitos de fondo y de forma (en eso consiste precisamente el principio de legalidad), de suerte que, en otro caso, la correspondiente sentencia terminaría no solo declarando su contradicción con el ordenamiento sino también su invalidez, de nuevo distinguiéndose, al menos en principio, entre anulabilidad y nulidad plena. Invalidez significa expulsión de dicho acto del planeta de lo jurídico, nada menos.

En ese catálogo, que va de más a menos, el último eslabón vendría siendo el del Derecho Internacional, habida cuenta de su carácter descentralizado y la soberanía del Estado, como poco hasta que se aprobó la Carta de Naciones Unidas y, en particular, el art. 42, que, como es notorio, abre la puerta a resoluciones del Consejo de Seguridad que impliquen el uso de la fuerza.

Este esquema tan elemental, aunque decantado en el siglo XIX al hilo de la codi-

ficación y el constitucionalismo, hunde sus raíces muy atrás, hasta remontarse al mismísimo Derecho romano (un universo, curiosamente, donde, como es sabido, las leyes eran escasas y no jugaban el papel más importante), en el que se distinguía lo siguiente:

– Ley *perfecta*: la que, en caso de un acto de vulneración, establece su nulidad. Típico caso de las normas civiles, como hemos visto.
– Ley *plusquamperfecta*: la sanción consiste en eso mismo y además en una pena.
– Ley *imperfecta*: no estipula ninguna consecuencia negativa para el que las contraviene. Es el actual *soft law*, entendido en sentido puramente negativo.

En cierto sentido, puede incluso decirse que lo que se ha explicado *supra* no constituye sino la cristalización, casi dos mil años más tarde, de los conceptos romanos: todo depende de la coactividad, entendida en sentido formal. La norma que no cuente con ella es solo norma a medias o incluso no lo es.

En el bien entendido de que las disposiciones normativas no se limitan a imponer obligaciones –las normas represivas, por así llamarlas– sino que en muchas ocasiones pueden ser y de hecho son, para sus destinatarios, fuente de derechos subjetivos. Si se trata de *soft law*, ese efecto beneficioso no se produce, al menos de manera automática.

Como manifestaciones de *soft law*, suelen indicarse aquellos instrumentos normativos que, sin pretender engañar a nadie, se presentan a sí mismos como meras recomendaciones. Tal cosa existe, como se sabe, en el Derecho europeo. El art. 288 TFUE les dedica el quinto y último de sus párrafos para proclamar –en negativo– que «no serán vinculantes». Son normas sin atributos, por así decir, frente a lo que sucede –que sí serán vinculantes, con unas u otras variantes– con los reglamentos, las directrices y, ya sin naturaleza propiamente normativa, las decisiones.

Pero la vida pone de relieve que *soft law* no significa inexistencia. Estamos en una zona gris cuya conceptualización, habida cuenta de los esquemas binarios del pensamiento jurídico (y del pensamiento sin apellidos), resulta resbaladiza o incluso abiertamente imposible. Todavía es objeto de cita la sentencia *Grimaldi*, de 13 de diciembre del remoto 1989 (apenas incorporada España, por cierto), al hilo de dos recomendaciones en materia de enfermedades profesionales que Bélgica no había cumplimentado, dejando así a la intemperie al ciudadano italiano que sufría una de esas. El Tribunal, luego de declarar lo que era obvio (las dos recomendaciones «no pueden, por sí mismas, crear derechos en favor de los justiciables que estos puedan ejercitar ante los jueces nacionales»), pero, sin querer quedarse en esa frustrante constatación negativa, pasó a expresarse en positivo y añadió que «sin embargo, estos últimos (los jueces) están obligados a tener en cuenta las recomendaciones al resolver los litigios de que conocen, en especial cuando pueden aclarar la interpretación de otras disposiciones nacionales o comunitarias».

Pero dentro del Derecho nacional nos encontramos con preceptos que, incluso estableciendo obligaciones o imponiendo mandatos taxativos, callan a la hora de regular qué sucede si el destinatario no cumple. La Constitución, por el carácter más genérico de sus determinaciones, propende a ese tipo de escenarios. El art. 120.3 proclama en su segundo inciso que «las sentencias se pronunciarán en audiencia pública», pero no se toma la molestia de indicar qué vicio –¿ineficacia, aun sin llegar a la invalidez? –aqueja a las

resoluciones (la inmensa mayoría de ellas) que no se exteriorizan de esa manera. Por no hablar de las disposiciones sobre la Jefatura del Estado. El art. 91 se expresa de manera concluyente al proclamar que «el Rey sancionará en el plazo de quince días las leyes aprobadas por las Cortes Generales, y las promulgará y ordenará su inmediata promulgación», pero ahí se queda la cosa: no sabemos qué sucede si transcurre ese plazo en vano. ¿Qué sanción recaería sobre el monarca incumplidor, siendo así que además el art. 56.3 declara que su persona es inviolable?

Bien entrado el siglo XXI y en plena era de la sociedad líquida (y mediática: las cosas son como se perciben), los conceptos del siglo XIX, sobre los que se basaba, en términos puramente negativos, la teoría del *soft law* han acabado saltando por los aires, aun cuando el pensamiento jurídico dominante siga siendo tributario de dichos conceptos. Baste con recordar algunas obviedades.

De entrada, vemos a diario, aunque nos cueste mucho reconocerlo, que el Derecho duro (el que no es *soft*, o sea, el vinculante) tiene una virtualidad real mucho más relativa de la que subyace a las tesis clásicas. Todos conocemos mil casos de leyes que de hecho no se aplican, o se aplican poco, o que se ven sometidas en su interpretación judicial a unos requiebros y vapuleos que las acaban dejando irreconocibles. Hay incluso quien afirma que las normas vigentes no son determinantes de las decisiones judiciales, sino solo condicionantes. En tal sentido, todo el ordenamiento positivo habría ido reblandeciéndose como la plastilina.

Pero también sucede lo inverso: situaciones teóricamente sin sanción en sentido formal (o incluso sin una norma jurídica escrita en sentido propio), pero en las que el sujeto goza de tan poca libertad real que de hecho se encuentra sometido a la coactividad más estricta. Piénsese en los Estados con un alto grado de endeudamiento y que dependen de la financiación de terceros para sobrevivir. El incremento del gasto público más allá de un cierto umbral sería posible sobre el papel –no se olvide que estamos ante una entidad soberana– pero las consecuencias serían cataclísmicas.

Lo mismo o parecido cabría predicar del planeta de la normalización industrial. Ningún fabricante de enchufes, por poner el foco ahí, va a tener la ocurrencia de elaborar productos que no obedezcan a las dimensiones que se han hecho universales. Como ningún diseñador de aviones va a pensar en hacerlos cuando no sirvan para aterrizar en unos aeropuertos cuyas pistas responden a los tamaños y criterios estandarizados que el sector es el primero en conocer. Los preceptos que establecen esas prácticas industriales no figuran en ningún Boletín Oficial y, por supuesto, carecen de los terroríficos atributos convencionales de las normas (a veces ni tan siquiera alcanzan el status de *law*) pero, de hecho, y con las categorías del Derecho romano, habría que calificarlos de *plusquamperfectos*, en su más cruda expresión.

BIBLIOGRAFÍA

Alonso García, R.: «El *soft law* comunitario», en *Revista de Administración Pública*, 154 (2001).

Mazuelos Bellido, Á.: «*Soft law*: ¿Mucho ruido y pocas nueces?», en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 8 (2004).

Del Toro Huerta, M. I.: «El fenómeno del *soft law* y las nuevas perspectivas del Derecho Internacional», en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, VI (2006).

Sarmiento Ramírez-Escudero, D.: *El soft law administrativo: un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la Administración*. Madrid: Thomson-Civitas, 2008.

Stefan, O.: *Soft law in courts: competition law, state aid and the Court of Justice of the European Union*. Dordrecht: Kluwer Law International, 2013.

Weeks, G.: *Soft law and public authorities: remedies and reform*. Oxford: Hart Publishing, 2016.

Antonio Jiménez-Blanco y Carrillo de Albornoz
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad Politécnica de Madrid

VER TAMBIÉN: CODIFICACIÓN / COSTUMBRE JURÍDICA / DERECHO ADMINISTRATIVO / DERECHO CIVIL / DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO / LEGALIDAD (Principio de) / LEYES / LENGUAJE JURÍDICO / SEGURIDAD JURÍDICA / SOCIOLOGÍA DEL DERECHO / UNIÓN EUROPEA

SUCESIONES «MORTIS CAUSA»

Por Derecho de Sucesiones se entiende aquella parte del Derecho privado que regula la sucesión *mortis causa* y, fundamentalmente, el destino de las titularidades y relaciones patrimoniales activas y pasivas de una persona después de su muerte.

Podemos definir la sucesión *mortis causa* –siguiendo a Castán Tobeñas– como la subrogación de una persona en los bienes y derechos transmisibles dejados a su muerte por otra; y distinguiendo entre sucesión universal o particular, podríamos decir que es sucesión *mortis causa* universal la sustitución de una persona en el conjunto de relaciones jurídicas transmisibles que correspondían al tiempo de su muerte a otra, y sucesión particular a la sustitución de una persona en los bienes y derechos determinados dejados por el difunto.

En la sucesión de un patrimonio existe un interés privado o particular a heredar que ostentan los posibles beneficiarios de la herencia, sean los parientes o los herederos designados en el testamento del causante. Pero también existe un interés público o social de conocer, saber y tener la seguridad en la determinación de quién sea el beneficiario o heredero o, en último término, el responsable de la herencia a quien poder dirigirse para reclamar las deudas pendientes, la satisfacción de las obligaciones y demás relaciones jurídicas del causante que le sobreviven.

Los posibles sistemas sucesorios se pueden clasificar en tres grandes grupos que se distinguen por la mayor o menor libertad que se concede al titular de los bienes o causante para disponer de los mismos por causa de muerte.

A) En un primer grupo se encuentran los sistemas que reconocen una libertad total y absoluta al causante para disponer de sus bienes a favor de cualesquiera personas y entidades con independencia de los vínculos y obligaciones familiares que pueda tener contraídos en vida. El causante sería libre para disponer voluntariamente de sus bienes, incluso desheredando a sus propios hijos, descendientes y parientes más cercanos. Las disposiciones legales actuarían de una manera subsidiaria ante la ausencia de disposición voluntaria del causante. En estos casos, la sucesión legal tendría lugar ante la ausencia o ineficacia de la disposición sucesoria voluntaria del titular.
B) Un segundo grupo de sistemas sucesorios se encontraría en el lugar opuesto al anterior. Es decir, el ordenamiento legal no reconocería ninguna libertad de disposición al causante por lo que, al tener lugar el fallecimiento del mismo, los sucesores en el patrimonio hereditario serían las personas designadas por la ley quienes heredarían por imperativo legal sin tener ninguna trascendencia legal la voluntad del causante o sus disposiciones de última voluntad. Se puede comprender que en estos sistemas la voluntad del causante no tiene ninguna importancia jurídica, ni tampoco, en consecuencia, el testamento o cualquier disposición sucesoria del causante.
C) Por último, un tercer grupo de sistemas intenta mezclar los dos anteriores. Son los sistemas que reconocen

al causante libertad en la designación de heredero y en la disposición *mortis causa* de los bienes, pero imponen ciertas limitaciones a esta disposición en mayor o menor medida, en función de la proximidad o lejanía de los parientes del causante y de su presunta necesidad asistencial de bienes y patrimonio.

En este tercer grupo se encuentra el sistema sucesorio español común regulado en el Código Civil que reconoce libertad de testar al testador pero establece una serie de limitaciones llamadas *legítimas sucesorias*. En nuestro Código civil la legítima de los hijos y descendientes es de dos tercios (2/3) de la herencia, la de los padres y ascendientes es de un medio (1/2) de la herencia, salvo si concurren con el cónyuge viudo del causante que entonces será de un tercio (1/3) de la herencia y la legitima del cónyuge viudo que consiste en el usufructo de un tercio (1/3) de la herencia o de un medio (1/2) si no existen hijos comunes.

Como argumentos a favor del sistema de legítimas sucesorias y en contra de la libertad de testar se aducen que la libertad de testar es contraria a la unidad de la familia porque permite diferenciar unos hijos de otros; que los hijos tienen una expectativa sobre los bienes familiares debido al esfuerzo familiar realizado en su adquisición; que existe una obligación natural de los padres de cuidar y atender a los hijos en la cual se incluye la herencia futura; y, en fin, que la libertad de testar permitiría a los padres abusar de su autoridad frente a los hijos.

Como argumentos a favor de la libertad de testar se alegan que carece de sentido privar a cualquier persona de la libre disposición de sus bienes por el solo hecho de tener descendencia; que la obligación de asistencia de los padres comprende la atención de los hijos pero no la limitación de la propiedad de sus bienes; que, por otra parte, la limitación a la libre disposición de los bienes no asegura la inexistencia de abusos a los hijos; y, en fin, que la experiencia práctica dice que en aquellos lugares donde se reconoce la libertad de testar se favorece la laboriosidad de los hijos, el espíritu emprendedor, el respeto hacia los padres, se refuerza la autoridad paterna y se permite a los padres premiar o estimular a los hijos en función de su comportamiento hacia ellos. En particular, y respecto del viudo, el sistema de libertad de testar favorece el respeto y cuidado familiar del cónyuge viudo y su autoridad en el seno familiar.

La sociedad española actual no participa de las mismas características que la sociedad del siglo XIX que alumbró el sistema de legítimas vigente en la actualidad. El legislador actual debe ser consciente que la familia actual ha experimentado profundos cambios:

A) Una sociedad rural con base económica agraria ha dado paso a una sociedad urbana, industrial, dinámica y muy cambiante.
B) Una familia amplia y extensa donde convivían bajo un mismo techo y con una misma administración económica hasta cuatro generaciones se ha transformado en una familia reducida y nuclear limitada a dos generaciones –y solamente durante la etapa de crecimiento y maduración de los hijos– para acabar los días siendo una familia reducida a los progenitores.
C) De un patrimonio troncal y familiar recibido de generación en generación y trasmitido sucesivamente se ha pasado a un patrimonio individual y personal forjado con el propio trabajo de los progenitores para el sos-

tenimiento y formación de los hijos y de los propios esposos.

La libertad de testar no es sino una aplicación concreta de la libertad de la persona. Dejar disponer a los padres de lo que es suyo es lo apropiado de un Estado liberal que protege y ampara los derechos civiles.

La institución natural de la familia demanda el interés y el cariño de los miembros de la misma, es decir, la atención de la persona en toda su integridad, como formación y educación, como escuela de convivencia, de socialización y de virtudes ciudadanas. La justicia demanda que las relaciones paterno-filiales procuren el cuidado, la asistencia y la educación de los hijos y, en su día, de los propios padres. Pero estas obligaciones familiares no justifican una limitación de la libertad de disponer sobre los propios bienes sino, más bien, una configuración moderna y flexible del derecho de alimentos entre parientes.

Por otra parte, junto al Código Civil coexisten otros sistemas sucesorios como el Derecho navarro, el vasco, el aragonés, donde el sistema de legítimas se suaviza desde la posibilidad de concentrar la legítima en un solo hijo apartando a los demás de la herencia, hasta la libertad de testar absoluta con la posibilidad de apartar de la herencia a todos los legitimarios con la sola mención formal de tal apartamiento.

La sociedad demanda una actualización del sistema sucesorio español a los tiempos actuales y a criterios de modernidad que permitan a los padres decidir libremente sobre sus propios bienes.

BIBLIOGRAFÍA

CALATAYUD SIERRA, A.: *Consideraciones acerca de la libertad de testar*. Sevilla: Academia Sevillana del Notariado, 1995.

D'ORS, Á.: *Derecho Privado Romano*. Pamplona: EUNSA, 1989. 7.ª ed.

ESPERANZA RODRÍGUEZ, P. de la: *Perspectiva de la legítima. Notas para una posible revisión*, en «Libro Homenaje a Ildefonso Sánchez Mera». Madrid: Colegios Notariales de España, 2002.

GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, J.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*. Madrid: Edersa, 1998.

LACRUZ BERDEJO, J. L.; SANCHO REBULLIDA, F. A.: *Derecho de Sucesiones, Elementos de Derecho Civil V*. Barcelona: Bosch, 1988.

RODRÍGUEZ BOIX, F.: «Limitaciones a la libertad de disponer *mortis causa* en el Derecho navarro», en *Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, 214 (1999).

VALLET DE GOYTISOLO, J. B.: *Limitaciones del Derecho Sucesorio a la facultad de disponer. T. I: Las Legítimas*, Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1974.

Felipe POU AMPUERO
Notario

VER TAMBIÉN: CODIFICACIÓN / CÓDIGO CIVIL / CONTRATOS / COSTUMBRE JURÍDICA / DERECHO ROMANO / EFICACIA JURÍDICA / JURISDICCIÓN CIVIL / JURISPRUDENICA / NACIONALIDAD / NEGOCIO JURÍDICO / NOTARIADO / REGISTROS JURÍDICOS

SUFRAGIO

En su acepción genérica y más utilizada, el sufragio se identifica con el voto. El derecho de sufragio es el que permite a una persona mediante su voto participar en la elección de representantes o cargos públicos, o en la adopción de decisiones políticas relevantes mediante referéndum u otras consultas populares. Desde la perspectiva técnico-jurídica esa sería la vertiente activa del sufragio, el derecho al voto o a ser elector, que se complementaría con otra dimensión pasiva, referida a la condición de elegible, a ser candidato en unas elecciones. Aunque en los Estados democráticos contemporáneos la condición de ser elector es requisito imprescindible para ser elegible (así lo exige el art. 6.1 LOREG), no siempre ha sido así, y es bien conocida la participación de dos de las diputadas de las Cortes Constituyentes de la Segunda República, Clara Campoamor y Victoria Kent, en el enconado debate sobre el sufragio femenino, cuando ellas mismas no pudieron ejercer ese derecho para elegir la Cámara de la que formaban parte. Nuestra exposición se ceñirá al sufragio activo.

El sufragio se ha utilizado en muchas formas de organización política. En la *polis* griega y en la república romana mediante el voto los ciudadanos o los senadores elegían las magistraturas públicas y tomaban decisiones políticas; y en las asambleas estamentales medievales sus miembros votaban las ayudas económicas o militares que solicitaba el monarca o decidían las peticiones que le presentaban a cambio. Pero fue el Estado constitucional surgido tras las revoluciones liberales de fines del siglo XVIII el que produjo un salto cualitativo al convertir el sufragio en pieza imprescindible para la legitimación del poder político. La atribución de la soberanía a la Nación (Sieyès), al Pueblo (Rousseau) o al Parlamento (Blackstone) exigía que la voluntad de esa Nación o Pueblo, o la conformación del Parlamento, se hicieran mediante el sufragio. Desde entonces, durante el XIX, el constitucionalismo liberal de forma progresiva irá instaurando el principio de origen popular del poder y el sufragio como medio de elección de los gobernantes. Sin embargo, será con la introducción del principio del democrático, ya en el XX, cuando ese sufragio se haga universal.

En efecto, durante el siglo XIX la regla fue la del sufragio limitado, censitario o capacitario. Debían ser los más preparados o los que más contribuían a la Hacienda o a la riqueza nacional los que participaran en la determinación de la voluntad de la Nación. Así, en España, la Ley Electoral de 20 de julio de 1837 estableció la alternativa entre ser contribuyente o disponer de determinadas rentas y la Ley Electoral de 1846 limitó el derecho a los contribuyentes en una cuantía superior, pero introduciendo un factor de sufragio capacitario, al extenderlo a quienes ocupasen ciertos cargos o desempeñasen profesiones u oficios determinados. El sufragio universal masculino solo se estableció con carácter general a partir de la Ley Electoral de 1890, y su extensión al sufragio femenino no se produjo hasta 1931, en la Constitución de la Segunda República. Lo mismo sucedió en el resto de Europa: el sufragio universal masculino se reconoció en Francia en 1848, en Alemania en 1871 y en el Reino Unido en 1918; sin embargo, el voto femenino no se reconoció hasta 1919 en Alemania, 1928 en el Reino Unido, 1946 en Francia e Italia, e incluso hasta 1971 no se hizo en Suiza.

En la actualidad no es posible considerar como democrático un Estado en que el sufragio no sea universal, y así lo consagran todas los textos constitucionales (la Constitución Española lo hace en diferentes lugares: arts. 23.1, 68.1, 69.2, 140 y 152.1) y lo mismo hacen los tratados internacionales relativos a los derechos humanos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 25) o el Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 3 del Protocolo adicional). Con ello se ha consumado plenamente el principio de origen popular del poder, que la Constitución Española consagra al señalar que «la soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado» (art. 1.2), y «obliga a entender que la titularidad de los cargos y oficios públicos solo es legítima cuando puede ser referida, de manera mediata o inmediata, a un acto concreto de expresión de la voluntad popular» (STC 10/1983).

Esa relevancia hace que el derecho de sufragio tenga el rango de fundamental y sea una de las manifestaciones del derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal, consagrado en el art. 23.1 CE, su regulación esté reservada a ley orgánica (art. 81.1 CE) y tenga una más enérgica protección jurisdiccional mediante procedimientos preferentes y sumarios y el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (art. 53.2 CE).

La universalidad del sufragio no impide que su ejercicio esté sometido a ciertos requisitos legales. El estándar democrático vigente lleva a reconocer este derecho a los nacionales (con excepciones, como se verá), mayores de edad, y que no estén incursos en causas de incapacidad determinadas legalmente, siempre que estas no se refieran a circunstancias personales o sociales como la capacidad intelectual, instrucción, renta, raza, sexo, religión, opinión, condición étnica o cualquier otra análoga. La interdicción de cualquier restricción discriminatoria constituye un principio consolidado en los Estados democráticos. El Código de buenas prácticas de la Comisión de Venecia del Consejo de Europa señala que el sufragio universal puede estar sujeto a requisitos razonables como la edad, la nacionalidad, la residencia habitual o cláusulas de suspensión de los derechos políticos, siempre que estas sean fijadas por la ley, respeten el principio de proporcionalidad y estén basadas en una incapacidad psíquica o en una condena penal por delitos graves (apartado 6).

La legislación electoral española aprobada en el actual periodo constitucional atribuía el derecho de sufragio a los españoles mayores de edad que no estén privados del derecho por determinadas causas de incapacidad, todas ellas derivadas de resoluciones judiciales firmes: una de naturaleza penal y otras dos de carácter civil (arts. 2 y 3 LOREG). Ambos supuestos han sido suprimidos en la actualidad, la incapacidad penal tras la aprobación del Código Penal de 1995, y la incapacidad civil por la Ley Orgánica 2/2018, si bien esta última supresión puede en ocasiones resultar de difícil conciliación con la exigencia de que el voto sea «consciente, libre y voluntario» (art. 3.2 LOREG).

Por otra parte, el requisito de la nacionalidad se ha ido flexibilizando al compás de la «sociedad transnacional contemporánea» (García-Pelayo). La Constitución Española prevé la extensión del derecho de sufragio activo y pasivo (este último desde la reforma de 27 de agosto de 1992) en las elecciones municipales a los extranjeros con residencia permanente

en España, que cumplan los requisitos establecidos en tratados internacionales, y en términos de reciprocidad (art. 13.2 CE). Desde el Tratado de Maastricht (1992), el estatuto de ciudadanía europea incluye el derecho de sufragio activo y pasivo de los nacionales de los Estados miembros de la UE en las elecciones municipales y europeas. Es previsible que en el futuro se pueda extender el sufragio de los extranjeros a otros procesos electorales, si bien en las elecciones al Congreso sería precisa la previa reforma del art. 13.2 CE (como recordó el Tribunal Constitucional en su declaración 1/1992), y lo mismo sucede respecto de las previsiones estatutarias respecto a las elecciones autonómicas.

Finalmente, las garantías del derecho de sufragio se extienden a que este sea *libre, igual, directo y secreto*. Según el Código de la Comisión de Venecia, el *voto libre* se traduce en la eliminación de cualquier amenaza o intimidación para su ejercicio. El sufragio debe ser *igual,* lo que exige, de una parte, que cada elector tenga un solo voto, prohibiendo el voto doble o múltiple, y sancionando cualquier fraude en ese sentido; y de otra, igualdad en el poder del voto del elector, de manera que los escaños se repartan por igual entre el electorado, admitiéndose excepciones como la existencia de entidades administrativas con baja densidad de población o la protección de una minoría concentrada. El sufragio *directo* constituye un estándar democrático general, que solo admite alguna modulación en el caso de las segundas Cámaras. Finalmente, el *sufragio secreto,* que debe asegurar que no se conozca el sentido del voto del elector para garantizar que actúe con libertad.

BIBLIOGRAFÍA

Arnaldo, E.: *El derecho de sufragio de los extranjeros*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995.

Colomer, J.: *Cómo votamos. Los sistemas electorales del mundo: pasado, presente y futuro*. Barcelona: Gedisa, 2004.

Delgado-Iribarren, M., dir.: *Comentarios a la Ley Orgánica del Régimen Electoral General y a la Ley de Referéndum*. Madrid: La Ley, 2014.

Nohlen, D.: *Sistemas electorales y partidos políticos*. México: FCE, 2004.

Santolaya, P.: *Procedimiento y garantías electorales*. Madrid: Civitas, 2013.

Manuel Delgado-Iribarren García-Campero
Letrado de las Cortes Generales
Director de la Secretaría Técnica de la Junta Electoral Central

VER TAMBIÉN: CAMPAÑA ELECTORAL / CONGRESO DE LOS DIPUTADOS / DEMOCRACIA / DEMOCRACIA DIRECTA / ELECCIONES / ESTADO DEMOCRÁTICO / PARLAMENTO EUROPEO / PARTICIPACIÓN POLÍTICA / SENADO / SISTEMAS ELECTORALES / VOTO ELECTRÓNICO

TÉCNICA NORMATIVA

La técnica normativa es el arte de legislar clara y eficazmente; constituye una parte de la Ciencia de la legislación. Decía Ihering que la técnica normativa se ocupa del análisis de las normas prescindiendo de su contenido; ello no es totalmente cierto, puesto que el objeto de la técnica normativa alcanza tanto a la buena redacción o estructura de las normas como a la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico y la seguridad jurídica.

El interés por el arte de legislar no es nuevo: por citar solo un ejemplo, Montesquieu dedica en su *De l'esprit des lois* el libro XXIX a «la manera de elaborar las leyes», que contiene una lista de «Cosas a observar en la elaboración de las leyes», perfectamente aplicable hoy en día. No olvidemos tampoco los escritos de Jeremy Bentham, publicados en España como *Nomografía o el arte de redactar leyes*.

Si el precedente inmediato de la actual preocupación por la técnica legislativa puede situarse en la codificación del siglo XIX, su generalización contemporánea se produce con la descodificación y fragmentación del ordenamiento jurídico como consecuencia del aumento del intervencionismo del Estado, de la multiplicación y tecnificación de las leyes, y desde la consciencia de que es necesario introducir una racionalidad en el conjunto del ordenamiento a la vez que conseguir que las leyes sean inteligibles y eficaces.

Sin perjuicio del tradicional *legal drafting* anglosajón, en el último tercio del siglo XX las aportaciones germanas a la técnica legislativa mediante la adopción de directrices y cuestionarios, extendidos a Austria y Suiza, hicieron afirmar a Martín Casals que hasta los años ochenta la técnica normativa europea hablaba alemán.

En España, los primeros esfuerzos en favor de las normas de técnica legislativa correspondieron al Grupo Gretel, formado por profesores universitarios de Barcelona, que ya en 1980 dan lugar a la publicación de una obra pionera: *La forma de las leyes: 10 estudios de técnica legislativa*. El Grupo Gretel publicaría también un primer Curso de Técnica Legislativa auspiciado por el Centro de Estudios Constitucionales (1989), que incluía un borrador de directrices sobre la forma y estructura de las leyes respecto del que se solicitaba el parecer de los expertos.

En la evolución normativa en España podemos distinguir tres etapas:

1. Aprobación de las primeras *Directrices sobre la forma y estructura de los Anteproyectos de Ley* por el Consejo de Ministros el 18 de octubre de 1991. Un *Cuestionario de evaluación que deberá acompañarse a los proyectos normativos que se elevan al Consejo de Ministros,* aprobado por acuerdo del Consejo de Ministros de 26 de enero de 1990, era seguidor de la técnica de las *Checklisten* de evaluación *ex ante*.
2. *Directrices de Técnica normativa* aprobadas por acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005, cuyo título refleja la evolución producida en estos años, no siendo ya conceptos desconocidos la técnica legislativa o normativa. El cuestionario de 1990 es sustituido por la *Memoria del análisis de impacto normativo* (MAIN), regulada por R.D.

1083/2009, que debe acompañar a los anteproyectos de ley que se elevan al Consejo de Ministros. Las pautas orientativas para su elaboración se contienen en una *Guía metodológica* aprobada por el Consejo de Ministros el 11 de diciembre de 2009.
3. Las nuevas grandes leyes administrativas ((Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público), además de regular ampliamente la escasamente normada iniciativa legislativa del Ejecutivo, incorporan los principios de buena regulación: necesidad y eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia y eficiencia.

Como consecuencia de las iniciativas sobre *Better Regulation* de la Unión Europea y de las recomendaciones de la OCDE, las leyes citadas incluyen preceptos dedicados a la planificación (Plan Anual Normativo) y a la evaluación normativa, tanto *ex ante* como *ex post*, así como otros aspectos de técnica normativa (publicidad de las normas, entrada en vigor), destacando un control de calidad de la actividad normativa por el Ministerio de la Presidencia. La renovación continúa en las normas organizativas y de desarrollo: Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre (MAIN); Real Decreto 286/2017, de 24 de marzo (PAN y evaluación normativa); y Real Decreto 1081/2017, de 29 de diciembre (calidad normativa).

Aunque no pueda calificarse de gran avance, también a lo largo de los cuarenta años de vigencia constitucional puede detectarse una actitud más receptiva del Tribunal Constitucional hacia lo que para la seguridad jurídica representa la calidad de las leyes y, en consecuencia, la técnica normativa empleada para su elaboración, La sentencia 150/1990, FJ 8, afirma la importancia que para la certeza del Derecho y la seguridad jurídica tiene el empleo de una depurada técnica jurídica en el proceso de elaboración de las normas. Asimismo, el TC admite la relación existente entre la calidad de las leyes, la técnica legislativa y la seguridad jurídica, siendo las dos primeras instrumentos o condiciones para la última (sentencia 46/1990).

Sin embargo, en muchas ocasiones alude a defectos de las leyes o al empleo de una técnica defectuosa en su redacción para relegar estos fallos al ámbito de la técnica legislativa, sin incidencia constitucional relevante, y declarar con carácter general que *no corresponde a la jurisdicción constitucional pronunciarse sobre la perfección técnica* de las leyes. En algunos casos, no obstante, considera *relevantes para la seguridad jurídica defectos de técnica legislativa por su conexión con otros principios constitucionales*: el principio de legalidad en materia sancionadora; la limitación material de la Ley de Presupuestos; la exigencia de certeza en las leyes de limitación de derechos fundamentales; el sistema constitucional de distribución de competencias; o la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.

La primera sentencia en que la *deficiente técnica legislativa es considerada relevante* en cuanto a la vulneración del principio de seguridad jurídica reconocido en el art. 9.3 CE –sin perjuicio de contemplar también la violación del orden competencial– es la STC 46/1990, por el «complicadísimo juego de *remisiones*» que provoca confusión normativa. Veinte años después, otra sentencia (STC 234/2012) declararía también que la imprecisión y la remisión defectuosa a otra norma (en este caso europea) genera inseguridad jurídica motivadora de

inconstitucionalidad. La STC 135/2018, en cuestión de inconstitucionalidad (dato relevante), declara la inconstitucionalidad por *ausencia de precisión normativa* vulneradora de la seguridad jurídica.

A partir de la sentencia 119/2011, el Tribunal Constitucional ha dictado cierto número de sentencias conectadas con el *principio de homogeneidad* de la ley, regla básica de la técnica normativa, partiendo del derecho de enmienda de los parlamentarios –comprendido en el art. 23.2 CE–, que le ha servido para exigir la homogeneidad de las enmiendas con el texto enmendado, pero no respecto de las iniciativas legislativas (leyes heterogéneas, STC 136/2011) o los decretos-leyes (STC 199/2015).

El *estado actual de la cuestión* muestra que, aunque la aprobación de las Directrices de Técnica Normativa supone un instrumento fundamental para que iniciativas y enmiendas adopten al menos una estructura uniforme, ello no siempre se produce, dependiendo del mayor o menor conocimiento que en la materia posea el autor de aquellas. La situación se ha complicado en cuanto a las leyes al multiplicarse el número de autores de las iniciativas en un Parlamento fragmentado.

De otra parte, permanece inédita la evaluación de las leyes, a la espera de la plena aplicación de la Ley del Gobierno, modificada por la Ley 40/2015.

Podemos concluir en que la técnica normativa nacida en España en los años inmediatamente posteriores a la aprobación de la Constitución ha experimentado un avance considerable en la doctrina y la normativa (paralela a la producida en otros países), siendo reconocida su necesidad para la calidad de las leyes, que redunde en una mayor seguridad jurídica, aunque la conexión plena entre ambos conceptos no haya alcanzado sino incipientemente a la doctrina del TC. No obstante, el paso de la teoría a la realidad, de los principios a la voluntad política en su aplicación, todavía no se ha dado.

La normativa desbocada –parafraseando a García de Enterría– ha sido una de las consecuencias del estado de alarma provocado por la crisis sanitaria de la pandemia COVID-19. No por la labor legislativa de los Parlamentos, pues su actividad se ha reducido a mínimos, sino por normas procedentes del Gobierno con rango de ley –siendo el decreto-ley el instrumento básico para afrontar la crisis– y reglamentario, aprobándose un sinfín de órdenes ministeriales por las autoridades competentes delegadas, en particular por el ministro de Sanidad. Esta proliferación, unida al apresuramiento en la aprobación, ha generado graves defectos de técnica normativa de todo tipo: desde la reiterada publicación nocturna en el BOE de normas que entraban en vigor en el mismo momento (incluido el propio Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma) hasta la derogación repetida de un mismo precepto con dos días de diferencia, correcciones de errores que modifican sustancialmente el tenor original, la inclusión de la posibilidad de expropiación forzosa de inmuebles en una orden ministerial –interpretación que luego parece deberse solo a una redacción imprecisa–, y modificación sobre modificación de los decretos-leyes aprobados.

La maraña normativa resultante, en la que se mezclan preceptos de vocación transitoria con otros permanentes, dará lugar sin duda a un incremento en la litigiosidad. Pero más dañino todavía sería que los malos hábitos adquiridos en la redacción y aprobación de nor-

mas de urgencia perduraran tras el retorno a la normalidad. Recordemos, al reclamar volver a la cordura y corrección jurídica, que la técnica normativa es un instrumento para el principio constitucional de seguridad jurídica.

BIBLIOGRAFÍA

García-Escudero Márquez, P.: «40 años de técnica legislativa», en *Revista de las Cortes Generales*, 104 (2018).
— *Manual de Técnica Legislativa*. Pamplona: Aranzadi, 2011.
— *Técnica legislativa y seguridad jurídica: ¿hacia el control jurisdiccional de la calidad de las leyes?* Pamplona: Aranzadi, 2010.
— «Homogeneidad de enmiendas e iniciativa legislativa. Avances y retrocesos en la doctrina del Tribunal Constitucional», en *La última jurisprudencia del Tribunal Constitucional relativa al Parlamento*. Vitoria: Parlamento Vasco, 2016.
Montalvo Jaaskelainen, F. «La evaluación ex post de las normas: un análisis del nuevo modelo español», en *Asamblea*, 36 (2017).

Piedad García-Escudero Márquez
Letrada de las Cortes Generales
Catedrática de Derecho Constitucional
Universidad Complutense

VER TAMBIÉN: CODIFICACIÓN / DECRETO LEGISLATIVO / DECRETO LEY / LEYES (CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA) / LENGUAJE JURÍDICO / **PANDEMIA: PERSPECTIVA JURÍDICA** / PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO / REGLAMENTO ADMINISTRATIVO / SEGURIDAD JURÍDICA

TEORÍA ANALÍTICA DEL DERECHO

El origen de la teoría analítica del Derecho se halla en la denominada *Analytic Jurisprudence*, una concepción del estudio del Derecho debida a Jeremy Bentham (1748-1832) y John Austin (1790-1859). Dicha teoría concebía el estudio del Derecho con los tres ejes siguientes: a) la distinción entre el Derecho tal y como es y el Derecho tal y como debe ser, una clara separación entre la descripción y la evaluación, que se convirtió en la divisa del denominado *positivismo jurídico*; según Austin había que separar la existencia del Derecho de su mérito o demérito, valoración que estos autores llevaban a cabo mediante la doctrina del utilitarismo; b) la concepción del Derecho como un *sistema* de elementos relacionados entre sí y no como una mera agregación de pautas dispersas y c) el análisis lógico-lingüístico de los conceptos jurídicos, como los conceptos de *obligación*, *derecho* o *poder*, que prefiguraba algunas de las ideas después desarrolladas en la lógica y la filosofía del lenguaje contemporáneas. Por ejemplo, en Bentham se hallan los rudimentos de una lógica *deóntica*, como una extensión de la lógica aristotélica solo aplicable a las aserciones y, también, un análisis lingüístico, el método de la *paráfrasis,* que muestra que hay expresiones (como «obligación» y «derecho») que tienen sentido cuando se analizan como partes de una oración completa, aunque no se refieren a ninguna entidad ontológicamente distinta, de un modo similar al que la expresión «el español medio lee tres libros al año» tiene perfecto sentido, aunque no hay nadie que sea el español medio.

Algunas de estas ideas también alumbraban el trabajo de la teoría jurídica alemana (en especial de la *Jurisprudencia de conceptos*), cuyos máximos exponentes fueron Friedrick Karl von Savigny (1779-1861) y Rudoplh von Ihering (1818-1832). Dicha teoría iluminaría el desarrollo de la Escuela alemana de Derecho público (Carl Friedrich von Gerber, Paul Laband y Georg Jellinek) que están en el trasfondo de la teoría pura de Hans Kelsen (1881-1973).

Y es precisamente en Hans Kelsen en el que hallamos la primera formulación de lo que, en el siglo XX, se conoce como teoría analítica del Derecho. Kelsen desarrolla una teoría de las normas jurídicas original, fundada en determinados postulados del neokantismo, y las concibe como estructuradas en un sistema mediante la relación *genética* o *dinámica* de autorización: una norma determinada pertenece a cierto sistema jurídico si y solo si existe otra norma de ese sistema que autoriza su creación. Para evitar el regreso al infinito que esa definición provocaría, supone que al final de la cadena ha de conjeturarse la existencia de una norma última, una *Grundnorm*, que confiere validez a todas las restantes. Ello da lugar a la teoría escalonada del Derecho (la *Stufenbautheorie*), según la cual el Derecho es un sistema jerárquico de normas, en la cúspide de las cuales se halla la norma básica o fundamental que autoriza la creación de la constitución originaria del sistema (la idea del sistema escalonado se debe al amigo y discípulo de Kelsen Adolf Julius Merkl).

Kelsen también sostenía la tesis iuspositivista de la separación entre el Derecho, tal y como es, y la Moral; y defendía una concepción de la Filosofía radicalmente antimetafísica, cercana en este punto a las ideas del primer positivismo lógico que nacía en la misma ciudad que Kelsen habitaba hasta finales de los años

veinte del pasado siglo, en Viena. Ideas que se inspiraban en la obra de Gottlob Frege, Bertrand Russell y el primer Ludwig Wittgenstein y que fueron desarrolladas por filósofos como Moritz Schlick, Otto Neurath o Rudolf Carnap.

Estas ideas antimetafísicas habían sido aplicadas también en Suecia para elaborar un análisis desmitificador de los conceptos jurídicos por parte de Axel Hägerström (1868-1938). El más destacado representante de esta escuela, conocida como *realismo jurídico escandinavo*, fue el danés Alf Ross (1899-1979). Ross, siguiendo los postulados del empirismo lógico, concebía la Ciencia jurídica como un conjunto de proposiciones encaminadas a identificar el Derecho *vigente* en una determinada sociedad, el conjunto de pautas que tienen la propiedad de ser aplicadas por los jueces y tribunales y, de este modo, sometidas al criterio de verificación.

Una significación similar tiene el denominado *realismo jurídico americano*, que fue influido por la filosofía pragmatista de los Estados Unidos (William James y Charles Sander Peirce). Filósofos y juristas como Felix Cohen, Jerome Frank, Karl Llewellyn o Max Radin defendieron una concepción según la cual el objetivo de la Jurisprudencia era descubrir las pautas que permitan predecir el modo en que los jueces decidirán las controversias.

A comienzos de la década de los cincuenta del pasado siglo hubo otro modo de recepción, parcialmente diverso, de las ideas del positivismo lógico en la Filosofía del Derecho. Es paradigmático de dicho enfoque un artículo de Norberto Bobbio (1909-2004), con el elocuente título de «Ciencia jurídica y análisis del lenguaje» (1950). El trabajo empieza por asegurarnos que las recientes orientaciones metodológicas del positivismo lógico nos suministran una mejor comprensión de la tarea del jurista y de la Ciencia jurídica. Bobbio toma algunas de las ideas del positivismo lógico acerca de los lenguajes formales y, también, de la presentación axiomática de las teorías científicas. Es decir, nos recuerda que un lenguaje formal es presentado mediante la introducción de un *vocabulario básico*, un conjunto de *reglas de formación*, que permiten de un modo pautado averiguar si una expresión es o no una proposición bien formulada de ese lenguaje, y unas *reglas de transformación* que nos autorizan a obtener nuevas proposiciones a partir de algunas ya dadas.

En el mismo periodo, en las Universidades de Oxford y Cambridge, se establece –por influencia del pensamiento del segundo Wittgenstein– la denominada *filosofía del lenguaje ordinario* (Gilbert Ryle, John L. Austin, Peter Strawson), cuyo más relevante representante en el ámbito de la Jurisprudencia fue H. L. A. Hart (1907-1992). En un libro crucial, *The Concept of Law* (1961), Hart trata de reconstruir los conceptos de Derecho, de norma jurídica, de deber jurídico, que subyacen a su uso en el lenguaje y la práctica de los juristas. Las normas jurídicas, para Hart, son una subclase de reglas sociales que se distinguen de los meros hábitos (regularidades de comportamiento), porque a) suscitan la crítica ante la desviación de los participantes en una práctica (como por ejemplo, el inadecuado uso de los cubiertos para comer), b) la apelación a la regla se considera un fundamento suficiente para la crítica y c) en dicho contexto es apropiado el uso del lenguaje normativo (siguiendo con el ejemplo: «*debes* coger el cuchillo con la mano derecha»). Que alguien tiene el deber de realizar determinada acción, entonces, significa que en una práctica social existe una regla que prescribe realizar dicha acción. Las normas jurídicas son aquella subclase de re-

glas sociales identificadas mediante lo que Hart denomina la *regla de reconocimiento*, un criterio que subyace a la práctica de los operadores jurídicos cuando identifican las pautas vigentes en su ámbito. No todas las reglas son, entonces, reglas de conducta: normas que obligan, prohíben o permiten, que Hart denomina *reglas primarias*. Hay también reglas que versan sobre otras reglas o, en una versión ligeramente distinta, reglas *que confieren poderes* que Hart denomina *reglas secundarias*: en primer lugar, la *regla de reconocimiento*, que dota al sistema jurídico de estabilidad, al permitirnos averiguar si una pauta es o no parte del sistema; las *reglas de cambio*, que establecen quiénes y en qué condiciones pueden introducir o eliminar normas del sistema e impiden que este se esclerotice, y las *reglas de adjudicación*, que establecen los procedimientos y las autoridades que deciden cuándo las reglas primarias fueron vulneradas y, de este modo, dirimen los conflictos. Para Hart, de este modo, los sistemas jurídicos son una unión entre reglas primarias y secundarias: esta es la clave de la Jurisprudencia que nos desvela el concepto de Derecho.

Desde la mitad del siglo xx, la filosofía analítica se ha convertido en el modo usual de dedicarse a la Filosofía del Derecho. Es cierto, sin embargo, que la rehabilitación de la razón práctica en Filosofía en general (algo que ha sucedido de la mano de John Rawls), ha socavado las tesis del positivismo jurídico (véase la influyente obra de Ronald Dworkin, 1931-2013) y muchos ahora consideran que entre los fundamentos de validez de los hechos jurídicos no basta con los hechos sociales, hay que hacer lugar a los hechos morales también. Durante estos años hemos asistido además a cruciales análisis de la noción de sistema jurídico a partir de la *lógica deóntica* (Carlos E. Alchourrón y Eugenio Bulygin), del análisis de las normas jurídicas como suministrando *razones para la acción* (Joseph Raz) o de la noción de argumentación jurídica (Robert Alexy, Manuel Atienza).

BIBLIOGRAFÍA

Bongiovanni, G., *et al.,* eds.: *Handbook of Legal Reasoning and Argumentation.* Dordrecht: Springer, 2018.

Casanovas, P.; Moreso, J. J., eds.: *El ámbito de lo jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*. Barcelona: Crítica, 1993.

Coleman, J. L.; Himma, K. E.; Shapiro, S. J., eds.: *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law.* Oxford: Oxford University Press, 2004.

Guastini, R., ed.: *Problemi di teoria del diritto.* Bologna: Il Mulino, 1980.

Marmor, A., ed.: *Routledge Companion to the Philosophy of Law.* London: Routledge, 2012.

J. J. Moreso
Catedrático de Filosofía del Derecho
Universitat Pompeu Fabra

VER TAMBIÉN: DERECHO Y MORAL / EFICACIA JURÍDICA / INTERPRETACIÓN JURÍDICA / JURISPRUDENCIA DE CONCEPTOS / JURISPRUDENCIA DE INTERESES Y DE VALORACIONES / MÉTODO JURÍDICO / POSITIVISMO JURÍDICO / TEORÍA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO / UTILITARISMO JURÍDICO

TEORÍA COMUNICACIONAL DEL DERECHO

La teoría comunicacional del Derecho (TCD) es una concepción del Derecho fundada por Gregorio Robles y desarrollada por él mismo durante cuatro décadas; ha sido también objeto de comentarios y críticas por parte de numerosos autores (hasta la fecha se cuentan alrededor de 180 trabajos y varias tesis doctorales). Robles inventa el adjetivo «comunicacional». Lo usa por primera vez en la portada posterior de su libro *Introducción a la Teoría del Derecho* (edición de 1988), en la que puede leerse: «Frente a la concepción tradicional, el Derecho no es contemplado únicamente como un orden coactivo, sino como un medio de comunicación entre los hombres cuyo objeto es organizar la convivencia y dirigir la conducta. Estamos, pues, ante una *teoría comunicacional del Derecho*.» Se desarrolla, sobre todo, en su *Teoría del Derecho*, en cuyo subtítulo se habla expresamente de teoría *comunicacional*.

Esta denominación proviene del siguiente punto de partida: concibe el fenómeno jurídico como un conjunto de procesos de comunicación. Las diversas concepciones teórico-jurídicas conciben el Derecho desde sus propias perspectivas: el legalismo lo reduce a la ley; el normativismo lo explica como un ordenamiento compuesto por normas jurídicas; el realismo lo interpreta como un conjunto de hechos sociales o psico-sociales; el iusnaturalismo como una manifestación de los valores, etc. La TCD adopta la perspectiva del método comunicacional y entiende que este método es el propio de los juristas. Este método consiste en contemplar el Derecho como comunicación y, por tanto, como lenguaje. Por eso es una teoría lingüística del Derecho. Se inspira en la filosofía del lenguaje ordinario (Wittgenstein) así como en la filosofía hermenéutica (Gadamer, Ricoeur). Por este motivo, Robles denomina al método comunicacional como método hermenéutico-analítico.

Veamos los caracteres básicos de la TCD: 1) No es una teoría ontologista: no se pregunta por el ser del Derecho, sino por sus manifestaciones; el Derecho no es lenguaje, sino que se manifiesta en lenguaje. 2) Es una teoría nominalista, pues defiende que con la palabra «Derecho» se alude a una pluralidad de fenómenos individuales, los ordenamientos jurídicos, o, para ser más exactos, a una pluralidad de ámbitos jurídicos (concepto este último, original de la TCD y clave para entenderla). Según la tesis nominalista, no existe el Derecho, sino pluralidad de ámbitos jurídicos. Esta pluralidad ha existido a lo largo de la Historia y existe en el presente. 3) Frente al positivismo jurídico, la TCD no es descriptivista, sino constructivista. 4) Por ello, no es una teoría del ordenamiento jurídico exclusivamente, sino una teoría de los ámbitos jurídicos. 5) El concepto de ámbito jurídico integra en su seno al ordenamiento, al sistema, así como al resto de los procesos de comunicación y demás elementos con significación jurídica. 6) En el Derecho todos los fenómenos aparecen como textos o son textualizables. Por eso es una teoría de los textos jurídicos.

Es fundamental la distinción entre ordenamiento jurídico, sistema jurídico y ámbito jurídico.

A) El *ordenamiento jurídico* es una totalidad textual compuesta por un conjunto de textos generados por las decisiones de las autoridades jurídicas. Está compuesto por textos parciales:

Constitución, tratados internacionales, leyes, reglamentos y demás normas de la Administración, jurisprudencia de los tribunales, etc. Cada uno de estos textos es generado a golpe de decisión: la decisión constituyente, las legislativas, las judiciales, etc. Constituyen en su conjunto el material textual «bruto».

B) El *sistema jurídico* es el reflejo del ordenamiento; resultado de la construcción hermenéutico-analítica del material textual «bruto». El sistema es el material textual «elaborado» por la dogmática jurídica. Está compuesto por los tratados, manuales y monografías doctrinales, cuyo conjunto tiene la función de presentar la materia ordinamental en forma sistemática, coherente y conceptualmente depurada. Robles distingue dos conceptos de sistema: el sistema didáctico-expositivo y el sistema jurídico propiamente dicho (o sistema jurídico en sentido estricto). El primero es propio de cada autor. Cada jurista hace sus propuestas y las presenta razonadas en los textos de su autoría. Ahora bien, del conjunto de propuestas doctrinales, los órganos que deciden los casos adoptan unas y rechazan otras. Así sucede con los jueces. Pues bien, el conjunto de interpretaciones doctrinales que son exitosas en un determinado momento es lo que conforma el sistema jurídico en sentido estricto. Hay que tener en cuenta que las opiniones doctrinales tienen una función básica: dar contenido definitivo a las normas jurídicas.

El autor denomina «eje hermenéutico básico» a la dualidad ordenamiento jurídico / sistema jurídico (que representa con las siglas ORD/SIS). ¿Por qué razón? Pues porque dicho «eje» hace posible calificar y enjuiciar jurídicamente todos los demás aspectos que tienen lugar en el ámbito jurídico.

Este concepto de ámbito jurídico es central para comprender cabalmente el alcance y la originalidad de la TCD.

C) El *ámbito jurídico*, por su parte, es una «realidad virtual» que engloba en su seno como eje hermenéutico-analítico básico la dualidad ordenamiento / sistema, y, desde la perspectiva de esta dualidad, engloba asimismo el conjunto de todos los elementos que tienen significado jurídico.

Tenemos, en primer lugar, los textos que no son ni ordinamentales ni sistémicos. Ejemplos: los escritos de una demanda, o de una querella, o de un dictamen; asimismo, los documentos privados o públicos, las inscripciones registrales, etc. Todos estos textos escritos no están en el ordenamiento ni en el sistema, pero alcanzan su significado desde la dualidad ORD / SIS, por tanto, pertenecen también al ámbito jurídico.

El resto de los elementos que forman parte del ámbito son los sujetos, actos (y omisiones), situaciones y relaciones con significado jurídico. Si un sujeto es persona o no, si un acto es lícito o ilícito, si una situación o relación tienen sentido jurídico, son preguntas que solo tienen respuesta desde la perspectiva de la dualidad ordenamiento / sistema. No forman parte de esta dualidad, pero sí del ámbito jurídico. Son, por ello, jurídicamente textualizables, o sea, convertibles en textos jurídicos.

La TCD es una teoría pluralista: defiende la tesis de la pluralidad de ámbitos jurídicos y de sus relaciones mutuas. En la TCD se encuentra un amplio desarrollo de los Derechos estatales, pero asimismo del Derecho Internacional y del Derecho de las organizaciones internacionales, en especial de la Unión Europea. Siguiendo un esquema ya tradicional en la lingüística y la filosofía del lenguaje, el autor or-

ganiza la TCD en tres partes: sintaxis jurídica, semántica jurídica y pragmática jurídica. A la primera la denomina teoría formal del Derecho; a la segunda, teoría de la dogmática jurídica; y a la tercera, teoría de las decisiones jurídica; y a partir de esta tripartición se estructura la *Teoría del Derecho*, según la conceptual comunicacional de Robles, que hemos desarrollado.

BIBLIOGRAFÍA

La Porta, A. M.ª: *La comunicación como método jurídico. Hermenéutica y analítica en la Teoría Comunicacional del Derecho* (tesis doctoral). Córdoba: Universidad de Córdoba, 2018.

Medina Morales, D., coord.: *La Teoría Comunicacional del Derecho a examen*. Pamplona: Civitas, 2017.

Robles Morchón, G.: *Teoría del Derecho. Fundamentos de Teoría Comunicacional del Derecho*. Madrid: Civitas, 2015 (6.ª ed.) Véanse también otras obras de este autor; entre las más recientes: *Cinco estudios de Teoría Comunicacional del Derecho*. Santiago de Chile: Olejnik, 2018; *Comunicación, lenguaje y Derecho. Contribuciones a la Teoría Comunicacional del Derecho*. Pamplona: Aranzadi, 2018.

Antonio María La Porta
Profesor de Filosofía del Derecho
Universidad de Córdoba

VER TAMBIÉN: CODIFICACIÓN / DIÁLOGO DE TRIBUNALES / INTERPRETACIÓN JURÍDICA / JURISPRUDENCIA / LENGUAJE JURÍDICO / MÉTODO JURÍDICO / ORDENAMIENTO JURÍDICO / POSITIVISMO JURÍDICO / RETÓRICA JURÍDICA / SOCIOLOGÍA DEL DERECHO / TEORÍA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO

TEORÍA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO

La primera dificultad con que se encuentra el pensamiento jurídico generalista o abstracto es la de diferenciar entre las diversas denominaciones: Derecho natural, Teoría del Derecho natural, Filosofía del Derecho, Dogmática jurídica, Teoría o doctrina general del Derecho, Teoría del Derecho. Un verdadero galimatías que se ve aumentado por la necesidad de vincular las anteriores denominaciones con otras y a la vez distinguir sus campos respectivos: Sociología jurídica, Antropología jurídica, Psicología jurídica, análisis económico del Derecho, Filosofía moral, Filosofía política. Estos problemas no los tiene (o los tiene en una medida muchísimo menor) el civilista o el procesalista. A estas dificultades se unen otras no menos problemáticas: los diversos enfoques de los autores y las diversas designaciones en los distintos ámbitos idiomáticos. Teniendo en cuenta este panorama, resumo algunas ideas básicas de mi libro *Introducción a la Teoría del Derecho*, del año 1988 (ampliadas en el «prólogo» a la sexta edición, de 2003).

Hay que diferenciar entre *Filosofía del Derecho* en sentido estricto y *filosofía del Derecho* en sentido amplio (FD y fD). Podemos denominar fD (con minúsculas, para indicar el sentido amplio) a toda forma de reflexión general sobre el fenómeno jurídico en su conjunto, presentada con porte sistemático y razonada tanto en el enfoque como en su construcción interna. «En su conjunto» significa que no se limita a uno o varios aspectos determinados del Derecho, sino que se busca una explicación y justificación global. En este sentido amplio, fD equivale a «pensamiento jurídico». La historia de la fD es entonces equivalente a la Historia del pensamiento jurídico (así se titula, p.ej., el libro de José M.ª Rodríguez Paniagua).

Sin embargo, la expresión FD como tal no aparece sino a comienzos del siglo XIX, y la pone en boga Hegel, aunque el título completo de la obra ya hace ver la ambigüedad de la terminología: *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse* (1821). Lo relevante es que la denominación FD (con mayúsculas: «en sentido estricto») se impone a partir de esa época. Supone un cambio de sensibilidad con respecto a las épocas anteriores, que se caracterizaron por el dominio del pensamiento jurídico iusnaturalista, mientras que, a partir del XIX, el positivismo jurídico dominará el panorama.

El iusnaturalismo tiene una larga historia: comienza con los griegos (aunque estos no usaron la expresión «Derecho natural») y llega hasta nuestros días, si bien a partir del XIX coexiste con ciertas dificultades con el predominio del positivismo. Hay que distinguir entre «Derecho natural» y «Teoría (o doctrina) del Derecho natural». Esta última es una fD, una concepción global del fenómeno jurídico, una perspectiva desde la que se reflexiona sobre el Derecho; en definitiva, una forma de pensar el Derecho; por el contrario, «Derecho natural» es lo pensado: el conjunto de normas o principios ético-jurídicos que constituyen su contenido material.

La expresión FD es una designación que surge y triunfa en la Edad contemporánea, supone el abandono de la designación «Derecho natural» (o *iuris na-*

turalis scientia), y va referida a los enfoques que pretenden dar respuesta a las aporías filosóficas que plantea la mentalidad positivista.

Tendríamos entonces que la historia del pensamiento jurídico (de la fD) se divide en una larga etapa (desde los griegos hasta comienzos del XIX) de dominio de la teoría del Derecho natural; y una segunda, de dos siglos, de dominio del positivismo jurídico. A esta segunda etapa corresponde la acuñación del término FD en sentido estricto. Por esta razón, González Vicén sostiene que la FD es un concepto histórico (aunque, en realidad, todos los conceptos son históricos).

Ahora bien, a mediados del siglo XX el positivismo entra, a su vez, en una profunda crisis epistemológica, al no aceptarse ya su modelo *descriptivista* de «lo ya dado de antemano». Esta crisis, sin embargo, no es lo suficientemente fuerte como para poner en entredicho radical la gran aportación positivista, que no es otra que la fundación y desarrollo de las llamadas Ciencias positivas del Derecho: Doctrina general del Derecho, Sociología jurídica, Antropología jurídica, Psicología jurídica. Se siente entonces la necesidad de superar el positivismo pero sin volver al iusnaturalismo, respetando las aportaciones de las Ciencias positivas, para lo cual es preciso elaborar un marco teórico más amplio que el de la FD. A ese marco teórico más amplio se le va a dar la denominación de «Teoría del Derecho» (TD).

La FD se había quedado reducida a una disciplina residual: quedaba para ella lo que no pertenecía a la Ciencia jurídica (dogmática) ni a las demás ciencias mencionadas; o sea, como señala Bobbio, quedaba reducida a teoría de la Ciencia jurídica y teoría de la justicia; en definitiva, a lo que está más acá y a lo que está más allá de la Ciencia de los juristas. Se transformaba así en una disciplina meramente justificativa. Esta idea funcionó durante bastante tiempo, y aparecieron doctrinas de gran enjundia: neokantismo, fenomenología, neohegelianismo (de carácter más bien idealista), junto a otras, vinculadas a la ciencia positiva: el marxismo (con la Economía, o mejor dicho: con la crítica de la economía de mercado), los realismos escandinavo y americano (con la Sociología y la Psicología), el análisis económico del Derecho (nuevamente con la Economía, pero esta vez para calcular costos y beneficios de las instituciones y decisiones jurídicas).

Era preciso reformular este complejo panorama en una disciplina que no fuera residual, sino orientadora del pensamiento jurídico en su conjunto. Con esta inquietud se fundó la revista *Rechtstheorie*, en cuya presentación en el primer número (1970) ya se trasluce la situación de dispersión científica y filosófica, a la que se trata de dar forma. Dice así: «Nuestro siglo se caracteriza por haberse hecho consciente y haber extraído los frutos de los fundamentos metódicos del pensamiento científico como tan solo se había experimentado en las épocas de Platón y de Descartes. La formación de la *lógica* moderna y de la *teoría de la ciencia*, influida por la primera, juntamente con los más especializados conocimientos de la *lingüística*, han cambiado de modo fundamental nuestro conocimiento de las posibilidades aplicativas del lenguaje (…)».

La presentación se refería, en efecto, a aportaciones notables sobre las que se dice hay que profundizar: la teoría pura del Derecho de Kelsen, la reflexión sobre la praxis judicial, el neomarxismo, la teoría de sistemas de Luhmann y la So-

ciología jurídica, los métodos cibernéticos e informáticos. Toda una *mélange* que indicaba algo de ingenuidad y también la necesidad de hacerse cargo de planteamientos dispares a partir del lenguaje. Es este *giro lingüístico* en la fD lo que caracteriza al proyecto y a la denominación de la revista: *Rechstheorie*.

Las cosas se complican, no obstante, si se tiene en cuenta la denominación positivista de la parte general de la Dogmática jurídica: «Teoría general del Derecho». Conviene observar que esta es la traducción, tanto al español como al italiano, de la expresión alemana *allgemeine Rechtslehre*. La ambigüedad de los términos complica la tarea diferenciadora. Significa literalmente «Doctrina general del Derecho»; aunque es cierto que *Lehre* no solo significa «doctrina» sino también «teoría». Y también es cierto que en español usamos con no poca frecuencia esta sinonimia. En inglés, los autores usan el término «*Jurisprudence*» para lo que los alemanes llaman «*allgemeine Rechtslehre*»; así, por ejemplo, Austin, Holland, Salmond, Patterson, etc. Por su parte, se ha ido abriendo camino también, por mor de la moda, la designación *Legal Theory*, como equivalente a *Rechtstheorie*. El menor reproche que puede hacerse es que la selección de los términos por parte de los autores que han generado tendencia no ha sido precisamente afortunada.

¿Qué es la *allgemeine Rechtslehre* (*Jurisprudence*, Doctrina general del Derecho, Teoría general del Derecho) y en qué se diferencia de la *Rechtstheorie*, esto es, de la teoría del Derecho del pos-positivismo? La primera es una disciplina que se consolida con el positivismo jurídico como «ciencia», y se separa claramente de los planteamientos especulativos o filosóficos demasiado abstractos. La segunda, por el contrario, pretende ser la nueva filosofía jurídica: la filosofía jurídica de los juristas es la filosofía jurídica del pos-positivismo (Robles, *Epistemología y Derecho*, 1982: 20). No se contenta con ser la parte general de las partes generales de la dogmática jurídica, sino que aspira a ser una disciplina filosófica, pero no tanto englobada en la Filosofía general a modo de apéndice, sino con una entidad propia, *una filosofía jurídica hecha por juristas para juristas*. Pretende ser «cientificista», en el sentido de que se debe construir mirando a los aportes de las ciencias positivas del Derecho.

¿Cuál ha sido la realidad en el seno de esta TD contemporánea? La proliferación de enfoques y, sobre todo, la parcelación temática. Así se explican las «especializaciones» propias de los profesores de Teoría del Derecho: derechos humanos, bioética, argumentación, análisis lógico-lingüístico, ética jurídica, teoría político-jurídica, etc. Todavía se ha introducido mayor confusión cuando se han intentado «sustituciones» por disciplinas muy necesarias pero que son otra cosa. Entre «especializaciones» y «sustituciones» el panorama de la TD ha quedado bastante confuso. Falta un paradigma aceptado por el conjunto de la comunidad universitaria.

Mi propuesta de TD es la que he denominado «teoría comunicacional del Derecho» (TCD) (véase la voz correspondiente). Está basada, como propone la presentación de la revista *Rechtstheorie*, en el análisis del lenguaje de los juristas, pero no sobre la base de la filosofía analítica únicamente, sino de la conjunción de dicha filosofía analítica con la filosofía hermenéutica. Mi idea es que, aunque analítica y hermenéutica responden a tradiciones filosóficas diferentes (Ciencias matemáticas y naturales, por una parte, y Ciencias culturales o

del espíritu, por la otra), ambas se aúnan en una idea básica: la universal inmediatez del lenguaje.

La TCD no es ni iusnaturalista ni positivista, ya que no tiene una concepción ontologista (o sustancialista) del Derecho, sino que se limita a afirmar que el punto de partida de la investigación es el lenguaje jurídico, es decir, el lenguaje propio de los juristas, en su significado más amplio. Por eso, concibe la TD como «análisis del lenguaje de los juristas».

¿Cuál es entonces el camino para investigar en TD y presentar un panorama general completo sin «especializaciones» ni «sustituciones»? El camino es muy arduo. Supone, en primer lugar, familiarizarse con los clásicos de la Filosofía, tanto general (teoría del conocimiento, ética, política, etc.) como, sobre todo, jurídica. En segundo término, hay que sumergirse de lleno en los autores relevantes de la Teoría general del Derecho, pero no para quedarse en ellos, sino para extraer de sus obras lo que se ajuste a un nuevo programa, más amplio y filosófico; y por último, pero no por ello menos importante, es preciso estudiar continuamente las grandes obras de Dogmática jurídica (Derecho Constitucional, Civil, Penal, Administrativo, Procesal, Internacional, etc.), así como de Derecho comparado e Historia del Derecho. Si los dos primeros requisitos son necesarios, este último lo es igualmente.

Lo cierto es que hoy no domina en la comunidad científica un modelo disciplinar de TD. Buena muestra de ello la tenemos en el libro coordinado por Kaufmann, Hassemer y Robles, *El pensamiento jurídico* contemporáneo (1992), así como en el más reciente, coordinado por Buckel, Christensen y Fischer-Lescano, *Neue Theorien des Rechts* (2006), en el cual se pasa revista a las actuales concepciones, caracterizadas por la ideología política y la fragmentación de los puntos de vista. En definitiva: politización y dispersión son los caracteres del panorama actual. Un panorama que debería ser superado, no de una manera radical (ya que el pensamiento es necesariamente plural), pero sí como acuerdo pragmático sobre los contenidos básicos e irrenunciables de una disciplina académica.

BIBLIOGRAFÍA

Además de los clásicos de la Teoría general del Derecho (Austin, Bierling, Kelsen, Romano, Holland, Ross, Olivecrona, Llewellyn, Bobbio, Guasp, etc.), véanse:

Anales de la Cátedra Francisco Suárez, 15 (1975) [N.º monográfico sobre Filosofía del Derecho].

Dreier, R.: «Concepto y función de la Teoría general del Derecho» (trad. de G. Robles), en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 52 (1978).

González Vicén, F.: *Estudios de Filosofía del Derecho*. La Laguna: Universidad de La Laguna, 1979.

Kaufmann, A., Hassemer, W., Robles, G., eds.: *El pensamiento jurídico contemporáneo*. Introducción de G. Robles. Madrid: Debate, 1992. (Última ed., Santiago de Chile: Olejnik, 2018.)

Rechtstheorie. *Zeitschrift für Logik, Methodenlehre, Kybernetik und Soziologie des Rechts*. 1. Band. Heft 1. Duncker & Humblot / Berlin, 1970.

Robles, G.: *Epistemología y Derecho*. Madrid: Pirámide, 1982.
— *Introducción a la Teoría del Derecho*. Madrid: Debate, 1988 (6.ª ed. con «prólogo» añadido, Barcelona, 2003.)
— «Rechtstheorie», en: Garzón Valdés, E. (ed.), *Spanische Studien zur Rechtstheorie und Rechtsphilosophie*. Berlin: Duncker & Humblot, 1990.
— *Teoría del Derecho. Fundamentos de teoría comunicacional del Derecho*. Pamplona: Civitas, 2015. 2 vol.
VV. AA.: «Problemas abiertos en la Filosofía del Derecho», en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 1 (1984).
VV. AA.: «El Estatuto de la Teoría del Derecho», en *Persona y Derecho*, 31 (1994).

Gregorio Robles Morchón
Académico de Número de la
Real Academia de Ciencias Morales y Políticas
Catedrático de Filosofía del Derecho

VER TAMBIÉN: ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO / DERECHO Y MORAL / INFORMÁTICA JURÍDICA / INTERPRETACIÓN JURÍDICA / IUSNATURALISMO / JURISPRUDENCIA DE CONCEPTOS / JURISPRUDENCIA DE INTERESES Y VALORACIONES / MÉTODO JURÍDICO / ORDENAMIENTO JURÍDICO / POSITIVISMO JURÍDICO / RETÓRICA JURÍDICA / SOCIOLOGÍA DEL DERECHO / TEORÍA ANALÍTICA DEL DERECHO / TEORÍA COMUNICACIONAL DEL DERECHO

TERRITORIO

La Real Academia Española define el territorio en su primera acepción como «porción de la superficie terrestre perteneciente a una nación, región, provincia, etc.», añadiendo después que es un «terreno, campo o esfera de acción». El territorio es así una realidad natural sobre la que se edifica el Estado, entendido como construcción histórica.

Muchos son los modos en los que puede ser estudiado el territorio, comenzando por la Geografía y siguiendo por la Economía. El territorio puede ser entendido y estudiado como superficie terrestre, como medio natural, como espacio físico dominado por un grupo de individuos y como hábitat de la humanidad. Ahora bien, aquí nos corresponde una aproximación jurídica y política. El territorio es, sin duda, un concepto político que, inicialmente, responde al lugar donde se asienta la población de un Estado. Puede tener además sus vínculos con otros conceptos como pueda ser el de nación o el de patria. Y en algunos casos se ha llegado a hablar del territorio como el espacio vital de una comunidad, en sentido más político que jurídico.

Se ha entendido en la Ciencia Política clásica que el territorio es uno de los tres elementos del Estado. El Estado se compone, por tanto, de dos presupuestos materiales, el territorio y la población, y un elemento formal, la soberanía. Mucho se ha discutido sobre la prevalencia de uno de estos tres elementos sobre los demás o sobre sus relaciones internas, pero lo cierto es que el Estado es un ente territorial: un Estado lo es en cuanto territorio definido en relación con los Estados limítrofes o fronterizos. La dificultad de concebir un Estado sin territorio avala esta interpretación.

La relación entre el Estado y su territorio es objeto de estudio por parte del Derecho Internacional Público, que se ocupa del modo en que se garantiza el ejercicio de poder estatal sobre el territorio, sin perturbaciones por parte de otros sujetos internacionales. Resulta, además, de gran interés el estudio sobre los modos de adquisición del título jurídico sobre un territorio y su relación con la ocupación.

Y la relación entre el Estado y el territorio es también objeto de estudio por parte del Derecho Constitucional y el Derecho Administrativo, que, a lo largo de la Historia, han mantenido diversas tesis sobre el tema, que podrían sintetizarse de este modo:

A) El *territorio-objeto*. Según esta tesis al Estado le corresponde un derecho real de propiedad o un derecho real de soberanía sobre el territorio. El territorio puede ser objeto de negocios jurídicos.
B) El *territorio-espacio*. Se entiende que el territorio es elemento constitutivo del Estado, de tal modo que el Estado se convierte en un «ente territorial». No se «tiene» territorio, se «es» territorio, de modo que no caben transferencias de la soberanía territorial.
C) El *territorio-competencia*. Si el Estado es, en esencia, un ordenamiento jurídico, el territorio es el espacio de aplicación de este ordenamiento.
D) *El territorio-límite*. El territorio es el perímetro dentro del que se ejerce el mando del Estado, de modo que el límite material de territorio es el límite de acción efectiva de los gobiernos.

Especialmente importante es delimitar las *fronteras*. El concepto de territorio es, en todo caso, una noción compleja, que abarca tanto el espacio terrestre como los espacios aéreos y marítimos y se define por sus fronteras, líneas limítrofes de competencia.

No constan en la Constitución Española estas fronteras nacionales, probablemente porque España, a diferencia de otros Estados, nunca ha tenido dudas sobre su propia existencia como Estado. Las fronteras se fijan por varios tratados internacionales, entre los que han de ser citados el Tratado de Utrecht con Inglaterra de 1713, el Tratado de los Pirineos con Francia de 1659 y el Tratado de Lisboa con Portugal de 1866. Dos Tratados de límites entre España y Francia definen las fronteras con Andorra, y las fronteras de las llamadas en su tiempo «plazas de soberanía» de Ceuta y Melilla, así como las islas e islotes cercanos, se fijan en el Tratado de Tetuán (o Wad-Ras) de 1860.

Resulta del mayor interés, en el caso de España, la distinción entre territorio nacional y territorio colonial, que permitió la descolonización de Guinea e Ifni sin merma de la esencia territorial del Estado, como estableció la doctrina del Consejo de Estado.

En cuanto al *espacio interior*, como dispone el art. 137 CE, España se organiza territorialmente en municipios, en provincias y en las Comunidades Autónomas que se constituyan. El origen de la división territorial que sirve de base para constituir las Comunidades Autónomas se encuentra en el Real Decreto de 30 de noviembre de 1833, que divide España en provincias. La división territorial en España, en todo caso, se organiza entonces al servicio de la centralización y no de la descentralización, a diferencia de lo que ocurre hoy. Se suscitan interesantes debates acerca del efecto extraterritorial de las normas adoptadas por las Comunidades Autónomas. El territorio español está dividido en términos municipales, salvo raras excepciones. Se plantean en este aspecto problemas relacionados con los deslindes y los enclaves.

Hay que mencionar también el *espacio marítimo*, que forma parte también del territorio nacional. Como dispone el art. 132 CE son bienes de dominio público marítimo-terrestre estatal la ribera del mar y de las rías, que incluye la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial, las aguas interiores y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental, definidos y regulados por su legislación específica. El Derecho del Mar ha tenido tradicionalmente una configuración consuetudinaria, si bien hoy está en gran medida codificado en la denominada Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, hecha en Montego Bay, Jamaica, en 1982, que incorporó la mayor parte de las previsiones del Derecho Internacional anterior y, en especial, de las Convenciones de Ginebra de 1958. Las convenciones internacionales y el Derecho interno definen varios espacios con regímenes jurídicos distintos, en los que el Estado ejerce potestades más o menos intensas, que se prolongan hasta el alta mar, de la que se predica la libertad de navegación. Existe, por otra parte, una regulación específica para los estrechos internacionales.

Veamos ahora el *espacio aéreo*. El territorio de un Estado podría ser representado como un cono cuyo vértice se encuentra en el centro de la tierra, de modo que no tiene, sobre él, límite alguno. Solo tras la conquista del aire por la humanidad, a partir del siglo XVIII, se

sintió la necesidad de regularlo. El Convenio de Chicago de 1994 sobre aviación civil internacional reconoce que cada Estado tiene soberanía sobre «el espacio aéreo correspondiente a su territorio» y así se dispone, además, en la Ley 48/1960, de 21 de julio, de Navegación Aérea, que establece: «El espacio aéreo situado sobre el territorio español y su mar territorial está sujeto a la soberanía del Estado español». Este principio no es obstáculo para un régimen convencional de la navegación aérea, bajo protección internacional, basado en las cinco libertades de navegación. No existen aún acuerdos internacionales sobre el supuesto límite del espacio aéreo nacional, que sería el espacio ultraterrestre internacional. En la práctica se define consuetudinariamente la frontera entre el espacio aéreo y el espacio exterior a una altitud de 100 kilómetros sobre el nivel del mar, coincidente con el perigeo mínimo de los satélites en órbita.

Por último, hay que destacar las relaciones entre el territorio y la *soberanía*. Como dispone el Código Civil en su art. 8.1: «Las leyes penales, las de policía y las de seguridad pública obligan a todos los que se hallen en territorio español». La soberanía española se ejerce en territorio español, aun cuando buques, aeronaves y sedes diplomáticas cuentan con el beneficio de la extraterritorialidad.

BIBLIOGRAFÍA

Cordero Torres, J. M.ª: *Fronteras Hispánicas. Geografía e Historia. Diplomacia y Administración*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1960.

Díez de Velasco, M.: *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 18.ª ed. Madrid: Tecnos, 2012.

Herrero y Rodríguez de Miñón, M.: *La configuración del territorio nacional en la doctrina reciente del Consejo de Estado español*, en *Estudios de Derecho Administrativo: libro jubilar del Consejo de Estado*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1972.

Jellinek, G.: *Teoría general del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

Kelsen, H.: *Teoría general del Estado*. Barcelona: Labor, 1934.

Rodríguez-Zapata, J.: *Teoría y práctica del Derecho Constitucional*, 4.º ed. Madrid: Tecnos, 2018.

Rosa M. Collado Martínez
Letrada del Consejo de Estado

VER TAMBIÉN: ADMINISTRACIONES PÚBLICAS / DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO / DESCOLONIZACIÓN / ESTADO / ESTADO AUTONÓMICO / **PANDEMIA: PERSPECTIVA JURÍDICA** / **PANDEMIA: PERSPECTIVA POLÍTICA** / PUEBLO / SOBERANÍA

TRANSPARENCIA

Que los asuntos públicos han de ser objeto de conocimiento y debate ciudadanos es una idea inherente a la democracia. El principio de publicidad que de ella se deriva se proyecta sobre la actuación de todos los poderes del Estado, cada uno de ellos a través de sus propias previsiones normativas.

Centrándonos en el Poder Ejecutivo, la transparencia es un instrumento clave para la prevención de malas prácticas. La imagen más conocida continúa siendo la que formulara el juez del Tribunal Supremo de los Estados Unidos Louis D. Brandeis, al comparar los efectos benéficos del acceso a la información con «la luz del sol, reputada como el mejor de los desinfectantes». En positivo, la ordenación y el flujo informativo es un instrumento para la participación ciudadana y para una mejora de la administración de la cosa pública.

No es casual que los países pioneros en el reconocimiento del derecho de acceso a la información pública (los escandinavos, Estados Unidos y su área de influencia…) se encuentren entre los más desarrollados desde una perspectiva democrática, social y económica. La apuesta por la transparencia presupone ya un grado importante de desarrollo político, y, en un círculo virtuoso, contribuye a acrecentarlo. La expansión del derecho de acceso a la información tuvo lugar primero a Europa occidental continental –con excepciones– y después, a Europa oriental, tras el desmoronamiento del muro de Berlín, y a Latinoamérica, al calor de la consolidación de sus regímenes democráticos. Se pasó así de regímenes políticos en que el individuo era transparente –controlado por el poder– y el poder opaco –exento de control ciudadano–, a su reverso. El fenómeno es ya mundial, y no solo de nivel estatal, sino también infra y supraestatal. En definitiva, el derecho de acceder a la información pública es una conquista que se ha globalizado como consecuencia de la cuasi generalización del sistema de democracia representativa.

La Constitución Española fue una de las primeras que contempló el derecho de los ciudadanos a acceder a los archivos y registros administrativos, en su artículo 105.b) que llama a la ley a regularlo. La primera regulación general se llevó a cabo a través de un solo artículo inserto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, el art. 37, cuyos evidentes déficits y su propia ubicación «oculta», no permitieron crear una auténtica cultura de la transparencia administrativa. Tuvieron que ser los impulsos de la sociedad en tiempos de una profunda crisis de confianza política, institucional y económica –una «tormenta perfecta»– los que colocaran la transparencia en la agenda política, de forma muy notoria a partir del año 2011, en que la aprobación de una ley de Transparencia figuró ya en todos los programas políticos de los partidos de ámbito nacional, asociada al debate sobre la corrupción y la necesidad de una regeneración democrática. El movimiento culminó con la aprobación de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, a la que ha sucedido una batería de leyes autonómicas y de ordenanzas locales que han aumentado las exigencias mínimas de la primera.

Un tema controvertido es el de si el derecho a acceder a la información pública forma parte de la libertad de información del art. 20.1.d) CE. El Gobierno decidió anclar la Ley exclusivamente en el art. 105.b) CE y en las competencias estatales sobre régimen jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común, opción que tiene como argumento principal la propia ubicación constitucional del art. 105.b) en el título IV y no en el título I. No obstante, en el segundo decenio del tercer milenio, había y hay argumentos de peso para considerar que el acceso a la información es un derecho fundamental que, a falta de una reforma en el título I CE que expresamente lo incluya (como, por ejemplo, sucede en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea), forma parte del contenido de la libertad de información. Y ello en la medida en que conocer información veraz y relevante sobre las decisiones públicas (incluido el gasto público) es necesario para la generación de una opinión pública libre e informada que es el sustento mismo de la democracia. Más aun cuando la jurisprudencia del TEDH así lo ha considerado desde 2009 y cuando el sentir ciudadano lo confirmó en el propio proceso que dio origen a la aprobación de la Ley, así como en la consulta pública en su procedimiento de elaboración. De hecho, la paradoja a la que se ha llegado es la desconexión entre el título competencial invocado (art. 149.1.18 CE) y los sujetos obligados, que no son solo Administraciones Públicas sino, en suma, toda aquella entidad, también con forma privada y dedicada a una actividad mercantil, bajo el control de una Administración o que recibe una cuantía o proporción relevante de fondos públicos (incluidos partidos políticos, sindicatos, asociaciones empresariales, empresas privadas, organizaciones no gubernamentales…). Ello da buena cuenta de cómo la concepción social de la esencialidad de la transparencia en una sociedad democrática ha desbordado su concepción como un derecho «administrativo».

Como en todos los ordenamientos, la transparencia tiene límites derivados de la necesidad de salvaguardar otros bienes públicos como la seguridad nacional, la defensa, las relaciones exteriores, la seguridad pública, la política económica o el medio ambiente –o privados– como los intereses económicos y comerciales, el secreto profesional, la propiedad intelectual o industrial o el derecho a la protección de datos. Más cuestionables pueden resultar otros encaminados a la efectividad de los procedimientos administrativos o judiciales en curso, puesto que, si se interpretan de una forma extensiva, una parte del potencial de la transparencia queda difuminada. En todo caso, estos límites no son exclusiones por bloques de materias, sino que están sujetos a un doble test: ha de concurrir un perjuicio para alguno de estos bienes en caso de divulgarse la información y dicho perjuicio ha de ponderarse con el interés público de la información. No obstante, fuera de la lógica del Derecho europeo y comparado, la Ley ha añadido que la ponderación también podrá tener en cuenta el interés privado del solicitante, lo que no casa con la naturaleza del derecho de acceso como derecho de ciudadanía no sometido a la acreditación de interés alguno ni a la motivación de la solicitud o a límites en la ulterior difusión de la información obtenida.

La Ley contempla dos vías de acceso a la información. La publicación de la información más relevante para garantizar la transparencia, que incluye información institucional, organizativa y de pla-

nificación (entre ella, los currículos de los responsables administrativos), de relevancia jurídica (por ejemplo, los proyectos normativos y las memorias e informes a los mismos) y económica, presupuestaria y estadística (como toda la relativa a contratos, subvenciones, presupuestos y su ejecución…). Otra vía, previa solicitud, para cualquier información en poder de los sujetos sometidos a la Ley, con un procedimiento sencillo, de plazo máximo breve –un mes–, audiencia de los afectados –que no equivale a derecho de veto–, silencio negativo –única solución compatible con los bienes públicos y privados que puedan estar en juego– y libre elección de la modalidad de acceso. Frente a las resoluciones cabe una reclamación potestativa ante una Autoridad administrativa independiente –en el ámbito estatal, el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno– que supone una garantía crucial en esta materia en la que la inmediatez es condición para que la transparencia cumpla con su función.

Evidentemente, la regulación legal del acceso a la información pública es solo un factor, bien que crucial, para medir el grado de transparencia en una sociedad. Son las reglas del juego que permiten comenzar la partida. Una ciudadanía involucrada en la exigencia y el uso posterior de la información, una Administración bien organizada en su gestión de la información y dispuesta a cumplir sus obligaciones y la existencia de autoridades de control verdaderamente independientes y competentes, son otros tantos elementos claves para ello.

***

La pandemia de la COVID 19 ha supuesto un reto para la transparencia. Desde el punto de vista político «táctico», está acreditado que las políticas de transparencia son valoradas por la ciudadanía, y que las posibles disfunciones, en la mayoría de los casos, acaban sabiéndose y se paga más cara la ocultación que la impericia; que una comunicación que pone al ciudadano ante la realidad de los hechos ayuda en muchos casos a comprender la complejidad de las decisiones y también a conocer los errores, que, confesados, siempre son más disculpables, más en situaciones críticas que llaman a la unidad. Es, también, la mejor forma de combatir con datos las llamadas «noticias falsas» o «bulos», cuando en efecto lo son, generando una confianza en la fiabilidad de los datos públicos. Jurídicamente, el estado de alarma no permite al Gobierno limitar la libertad de información y expresión. Es más, en una situación excepcional de confinamiento, el propio Gobierno ha calificado la tarea de los periodistas y de los medios como una actividad esencial.

El Real Decreto de 14 de marzo de 2020 por el que declara el estado de alarma dispuso la suspensión de los procedimientos administrativos salvo, entre otros, «que vengan referidos a situaciones estrechamente vinculadas a los hechos justificativos del estado de alarma». Entre estos procedimientos podrían entenderse incluidos el ejercicio del derecho de acceso a la información en relación con la información sobre la pandemia. No obstante, esta regla se tornó en mera posibilidad que se deja a la libre decisión de las autoridades, mediante una modificación aprobada tres días más tarde. En la práctica, la Administración no se acogió a esta posibilidad. Sí se procedió, tras un período inicial sin hacerlo, a la publicación de los contratos de emergencia suscritos para la compra de material. No se hizo uso de la posibilidad de omitir datos en la publicación cuando esta pueda colisionar con un límite previsto en la Ley 19/2013 y en la normativa de contra-

tos (entre los que algunos son muy generales; piénsese que esta segunda incluye «cuando la publicación puede obstaculizar la aplicación de una norma», o «resultar contraria al interés público»), previo informe del Consejo de Transparencia, posibilidad que podría haber tenido acaso juego respecto de algunos contratos en un contexto de falta de transparencia y especulación en el propio mercado de estos productos, que en determinados casos pudo supeditar a cierta reserva los términos o la propia suscripción del contrato. También parece que a la luz de la Ley 19/2013 y de la jurisprudencia que la ha interpretado, habrían de publicarse la composición de las comisiones de expertos que han asesorado al Gobierno y sus informes, otra de las materias que ha sido objeto de controversia.

BIBLIOGRAFÍA

Fernández Ramos, S.; Pérez Monguió, J. M.: *El derecho al acceso a la información pública en España*. Pamplona: Aranzadi, 2017.

Guichot, E., coord.: *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*. Madrid: Tecnos, 2014.

— *Transparencia y acceso a la información en el Derecho europeo*. Sevilla: Global Law Press / Editorial Derecho Global, 2011.

— *Transparencia y acceso a la información pública en España: análisis y propuestas legislativas*. Madrid: Fundación Alternativas, 2011.

Nuez Sánchez-Cascado, E. de la; Tarín Quirós, C.: *Transparencia y Buen Gobierno. Comentarios a la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*. Madrid: La Ley, 2014.

Wences, I.; Kölling, M.; Ragone, S.: *La Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Una perspectiva académica*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.

Emilio Guichot
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Sevilla

VER TAMBIÉN: BUEN GOBIERNO / BUENA ADMINISTRACIÓN / CALIDAD DEMOCRÁTICA / CORRUPCIÓN POLÍTICA / DATOS PERSONALES / DEMOCRACIA / DESAFECCIÓN POLÍTICA / GOBIERNO ABIERTO / LIBERTAD DE EXPRESIÓN / **PANDEMIA: PERSPECTIVA JURÍDICA** / RENDICIÓN DE CUENTAS

TRATADOS INTERNACIONALES

El tratado internacional es una manifestación de dos o más voluntades concordantes atribuible a varios sujetos internacionales, que tiene por objeto crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones entre las Partes. Su núcleo normativo lo constituye el principio de *pacta sunt servanda*.

El tratado internacional es un antiguo instrumento normativo para crear derechos y obligaciones entre comunidades políticas que entablan relaciones mutuas. A pesar de su utilización por sociedades muy diversas desde la más remota antigüedad, su interés y utilidad ha ido en aumento, en especial, a partir del siglo XIX. A ello ha contribuido la importancia e intensificación de las relaciones internacionales, la multiplicación del número de Estados, la ampliación y diversificación de sus contenidos y, sobre todo, ha superado a la norma consuetudinaria y a los principios generales por las ventajas técnicas de la precisión y su adaptación a cambios rápidos.

Mediante la norma convencional los Estados ajustan sus intereses individuales y aceptan en función de estos limitar o modificar el ejercicio de sus derechos y poderes soberanos. Celebrar acuerdos internacionales es un atributo de la soberanía estatal.

Además, en el siglo XX y, más aún, en este siglo XXI los tratados internacionales han sido el medio más utilizado para lograr intereses comunes de grupos numerosos de Estados. Los bienes públicos globales (paz, seguridad, medio ambiente, desarrollo, estabilidad económica y financiera, salud global o el conocimiento) se han identificado en conferencias multilaterales universales y han permitido acuerdos que han beneficiado a la Humanidad en temas fundamentales para la seguridad y el desarrollo sostenible.

Como el recurso a tratados es muy antiguo (hay evidencias de tratados miles de años a.d. C.) ha habido mucha práctica sedimentada sobre cómo se forma y se aplica un tratado. Por ello, el órgano codificador de la ONU (la Comisión de Derecho Internacional) redactó y aprobó el Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969, en vigor desde el 27 de enero de 1980, del que España es Parte (BOE de 13 de junio de 1980) y un centenar amplio de Estados. Este Convenio recoge muchas costumbres sobre la conclusión de tratados, pero también incluye nuevas normas de desarrollo progresivo. No obstante, no agota todos los problemas de Derecho de los Tratados al regular solo los tratados por *escrito* y entre Estados (otro Convenio codificador posterior rige los tratados entre Estados y organizaciones internacionales de 21 de marzo de 1986) y excluir el efecto del conflicto armado sobre los tratados o la responsabilidad en caso de su violación y ser supletorias algunas de sus reglas. Para los Estados no Partes sigue rigiendo el consolidado Derecho consuetudinario.

No deben ser considerados como tratados diversos instrumentos de naturaleza contractual celebrados entre Estados y particulares (grandes empresas multinacionales), aunque estipulen que ciertas reglas internacionales se aplicarán a tales contratos o que las controversias sobre el contrato se solucionarán por un

arbitraje internacional conforme a principios de Derecho Internacional.

No importa la denominación que le den las Partes: tratado, acuerdo, convenio, protocolo, pacto, carta, estatuto, acta, concordato, *modus vivendi*, compromiso, etc. Un acuerdo o tratado puede constar en un instrumento único, o en dos o más (decenas) de instrumentos conexos. La diversidad documental no afecta a su unidad jurídica.

Para dar vida a un tratado o convenio se precisa un conjunto de actos en el plano internacional y nacional. La conclusión de un tratado suele seguir cuatro fases: negociación, adopción, autenticación y manifestación del consentimiento. En todas ellas rigen los principios de buena fe y de no frustrar el objeto y fin del tratado. Tanto el Convenio de Viena citado como el Derecho nacional precisan los órganos capacitados para intervenir en cada una de ellas.

La *negociación* es un conjunto de actuaciones diplomáticas para acordar en un lugar y época determinados estudiar conjuntamente las posibilidades de un entendimiento, acercar posiciones mediante el intercambio de puntos de vista, de propuestas y contrapropuestas hasta el acuerdo final en una materia concreta.

Así, puesto que la Constitución Española establece que el Gobierno de la Nación dirige la política exterior (art. 97), el Gobierno posee la iniciativa exclusiva en materia de negociación y, en su conjunto, de celebración de tratados o acuerdos internacionales administrativos, gozando de una acentuada discrecionalidad en el desarrollo de sus fases, paliada tan solo por el control parlamentario previsto en los arts. 66.2 (control general sobre la acción del Gobierno), 93 y 94.1 (autorización previa de las Cortes Generales).

Debido a sus funciones y sin necesidad de presentar plenos poderes o plenipotencia, pueden representar a España en la negociación y adopción del texto de un tratado el jefe del Estado, el presidente de Gobierno, el ministro de Asuntos Exteriores, los jefes de misión diplomática, de misiones especiales y de la representación permanente ante los organismos internacionales. El resto de personas han de estar provistas de la plenipotencia (en España la extiende el ministro de Asuntos Exteriores en nombre del Rey) que les acredite como representantes de España para la negociación, adopción y autenticación.

La *adopción* es el acuerdo que expresan los negociadores sobre el texto de un tratado que se está negociando. La *autenticación* de un tratado es el acto por el que el texto queda establecido como auténtico y definitivo en las lenguas del tratado (art. 10 del Convenio de Viena). La forma de autenticación se prevé en cada tratado y puede ser mediante firma, firma *ad referendum* o la rúbrica en el texto o acta de la conferencia. Los tratados se citan por la fecha de la autenticación. La firma o rúbrica de autenticación de un Tratado no hace obligatorio su contenido para los contratantes; las únicas obligaciones que están presentes hasta esta fase son la general de obrar de buena fe y la de no frustrar el objeto y el fin del tratado. Los tratados bilaterales (y multilaterales restringidos como los tratados de la Unión Europea) requieren unanimidad de las Partes en todas las fases. En los multilaterales se adoptan y autentican por 2/3, salvo que las Partes hayan decidido otra mayoría.

La *manifestación del consentimiento* corresponde al Gobierno de un Estado, si

bien se necesita la previa autorización parlamentaria en los supuestos previstos en cada Constitución. En España, los art. 63, 93 y 94.1 de la Constitución exigen recabar la autorización previa de las Cortes Generales. Es una *autorización* y no la manifestación del consentimiento en sí, que es un acto posterior y de relevancia internacional. Los Parlamentos suelen intervenir cuando el tratado afecta a *materias determinadas* y por *los efectos* de sus obligaciones (de atribución traslativa del ejercicio de derechos soberanos, de paz, políticos, militares, territorio, obligaciones financieras, derechos fundamentales, modifican leyes o requieren una ley de desarrollo o para su aplicación, etc.).

El consentimiento de un Estado se expresa en nombre del jefe del Estado como la más alta representación del Estado en las relaciones internacionales, si bien en la práctica se suele limitar a estampar la firma solo en razón de la forma de manifestación del consentimiento (ratificación y adhesión).

Los tratados bilaterales no admiten reservas. Las reservas a los tratados multilaterales son posibles si el tratado lo permite; una reserva es una declaración unilateral por la que se excluye alguna o varias disposiciones de un tratado o se interpreta el alcance que tiene una disposición para ese Estado. Son una modalidad del negocio jurídico como lo son las condiciones, término y modo del Derecho privado.

Algunas Constituciones prevén un control previo de constitucionalidad o de defensa jurisdiccional anticipada de la Constitución y garantía de la seguridad y estabilidad de los compromisos internacionales del Estado para salvaguardar su responsabilidad internacional. Se trata de evitar cualquier contradicción entre ambas normas, que siempre sería mutuamente perturbadora (en España, art. 95 CE).

La práctica contemporánea ha generado una nueva tipología. Junto al acuerdo al que hasta ahora me he referido regulado por el Convenio de Viena («acuerdo celebrado por escrito entre Estados y regido por el Derecho Internacional», art. 2), hay otro tipo: el «acuerdo internacional administrativo» –con escasa práctica hasta el siglo XX y conocido como acuerdos de ejecución–. Y, además, siempre ha existido el «acuerdo internacional no normativo».

Un *acuerdo internacional administrativo* se puede celebrar –caso de España– por cualquier organismo público, incluidas las Comunidades Autónomas o los municipios, con Estados extranjeros u organizaciones internacionales, directamente, siempre que lo prevea un tratado previo al que ejecuta o concreta y su contenido sea de naturaleza técnica.

En el caso de España, el Estado, que tiene la competencia exclusiva en el *ius contrahendi* por mandato constitucional, acepta compartir, al margen de la Constitución misma y por ley ordinaria, esa capacidad con las Comunidades Autónomas o con cualquier organismo público español.

Los *acuerdos internacionales no normativos* o acuerdos políticos o parajurídicos o *gentlemen agreements*, denominados habitualmente «memorandos de entendimiento» (MOU, por su acrónimo en inglés) contienen declaraciones de intenciones o establecen compromisos de actuación de contenido político, técnico o logístico, y no constituyen fuente de obligaciones internacionales ni se rigen por el Derecho Internacional.

Con cada vez más frecuencia los Estados suscriben acuerdos que se basan

solo en la buena fe, con una intencionalidad política abstracta, sin voluntad de dar vida a un verdadero acuerdo internacional. Estos acuerdos estarían desprovistos de su núcleo jurídico esencial, es decir, del principio *pacta sunt servanda*. Ahora bien, la calificación unilateral, arbitraria e interesada de la naturaleza jurídica se hace para eludir el respeto de las competencias constitucionales de control previo por los Parlamentos en materia de tratados, eludiendo sistemáticamente la petición de autorización parlamentaria.

BIBLIOGRAFÍA

Berman, F.: «Why do we Need a Law of Treaties? Inaugural Lecture», en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye/ Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 385 (2017).

Cannizaro, E., ed.: *The Law of Treaties. Beyond the Vienna Convention*. Oxford: Oxford University Press, 2011.

Dinstein, Y.: «The Interaction between Customary International Law and Treaties», en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye/ Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 322 (2007).

Nolte, G.: «Treaties and their Practice – Symptoms of their Rise or Decline», en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye/ Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 392 (2018).

Villiger, M.: «The 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties – 40 Years After», en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye/ Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 344 (2011).

Araceli Mangas Martín
Académica de Número y Censora de la
Real Academia de Ciencias Morales y Políticas
Catedrática de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales
Universidad Complutense

VER TAMBIÉN: CORONA / CORTES GENERALES / COSTUMBRE JURÍDICA / DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO / DIPLOMACIA / NACIONES UNIDAS / POLÍTICA EXTERIOR DE ESPAÑA / POLÍTICA EXTERIOR Y DE SEGURIDAD DE LA UE / RESERVAS A LOS TRATADOS / UNIÓN EUROPEA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El Tribunal Constitucional, creado en la Constitución de 1978 y con precedentes en el constitucionalismo histórico español, al reconocer la Constitución de 1931 el Tribunal de Garantías Constitucionales, se ve influenciado por: a) La Constitución italiana de 1947, en cuanto al análisis de los recursos y las cuestiones de inconstitucionalidad; b) El sistema alemán (Ley Fundamental de Bonn de 1949) en lo relativo al carácter subsidiario del recurso de amparo; y c) El sistema francés (Constitución de 1958) por las técnicas del control preventivo de constitucionalidad.

Al analizar su naturaleza, procede subrayar que el Tribunal es un órgano constitucional del Estado, no forma parte del Poder Judicial, con el que mantiene continuas relaciones ante el planteamiento por los jueces y tribunales ordinarios de las cuestiones de inconstitucionalidad y los recursos de amparo contra las resoluciones judiciales. En su constitución y funcionamiento intervienen los tres Poderes del Estado. El Poder Legislativo interviene en la designación de los cuatro magistrados/as propuestos por el Congreso de los Diputados, en los cuatro magistrados/as propuestos por el Senado y el Gobierno en número de dos, y el Consejo General del Poder Judicial, en número de dos, intervienen en la designación de los cuatro restantes. La renovación se efectúa por terceras partes cada tres años, lo que garantiza la continuidad de las principales líneas jurisprudenciales, aunque no se excluye el cambio de criterio u *overruling* que el Pleno del Tribunal pueda realizar.

La importancia de la doctrina jurisprudencial del Tribunal se contiene en el art. 161.1 a) CE al proclamar: «La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a esta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada». En todo caso, las decisiones del Tribunal vinculan a los jueces y tribunales ordinarios (art. 5 LOPJ) que interpretarán y aplicarán los preceptos legales según los criterios de la doctrina jurisprudencial del Tribunal, en los distintos procesos.

El texto constitucional se refiere a quien ha de desempeñar la función de magistrado constitucional como jurista de reconocido prestigio con más de quince años en el ejercicio de su actividad profesional, y efectúa una descripción ejemplificativa, pues pondera la conveniencia de su designación entre jueces o magistrados, profesores de universidades, fiscales, funcionarios y abogados, y su estatuto personal fija una incompatibilidad con todo mandato representativo, con cargos políticos o administrativos, con el desempeño de funciones directivas en los partidos políticos o sindicatos y con el ejercicio de las carreras judicial y fiscal, así como el desempeño de cualquier otra actividad profesional o mercantil. Este estatuto jurídico preserva la independencia e imparcialidad de los magistrados constitucionales, que son inamovibles durante su mandato sin que puedan ser separados o suspendidos o se produzca su cese sino en virtud de una causa legal.

Las competencias del Tribunal se distribuyen en el Pleno, compuesto por doce magistrados, con voto de calidad del presidente, en las dos Salas, compuestas por seis magistrados y, cuatro Secciones, compuestas por tres magistrados cada una.

Una de las principales materias que examina el Tribunal y que depura el ordenamiento jurídico es el examen de la constitucionalidad de la ley en la que el Tribunal ejerce la supremacía jurisdiccional de la Constitución.

Con precedentes en los sistemas de influencia kelseniana (el checoslovaco y el austriaco, que se inician en 1920), el control de constitucionalidad de la ley examina la adecuación de la ley o de la disposición normativa con rango de ley (como sucede con el real decreto-ley), con la Constitución, posibilitando que cincuenta diputados, cincuenta senadores, los órganos colegiados legislativos y ejecutivos de las Comunidades Autónomas, el Defensor del Pueblo o el presidente del Gobierno puedan promover el recurso de inconstitucionalidad en vía directa, que una vez admitido y tramitado será resuelto por sentencia.

La sentencia podrá ser estimatoria (total o parcial), desestimatoria o sentencia interpretativa que fije el contenido del precepto que no contravenga la Constitución, al ser principio esencial de la jurisprudencia constitucional la presunción de constitucionalidad de la ley.

El real decreto-ley por su virtualidad y fuerza normativa es susceptible de enjuiciamiento por la vía de inconstitucionalidad, no así los supuestos de legislación delegada contenida en los textos articulados y refundidos cuyos excesos de delegación o *ultra vires* son susceptibles de control por los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 82.6 CE).

Los jueces y tribunales ordinarios están legitimados para promover cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal, cuando duden de la validez constitucional de la ley aplicable al caso, por lo que, si la cuestión resulta admisible por haber sido cumplidos los requisitos procesales en su interposición y realizarse correctamente el juicio de relevancia o pertinencia, si no es notoriamente infundada, el Tribunal resuelve la cuestión, dejando que sea el correspondiente órgano judicial el llamado a resolver el fondo del asunto (arts. 163 CE y 35 LOTC).

El Tribunal dirime los conflictos de atribuciones entre órganos constitucionales del Estado (Congreso, Senado, Gobierno y Consejo General del Poder Judicial) y resuelve los conflictos competenciales entre el Estado y las Comunidades Autónomas o de las Comunidades entre sí. En los conflictos de atribuciones, el Tribunal determina si hay exceso o invasión de las atribuciones de cada uno de los órganos constitucionales y, en el supuesto de delimitación de competencias, determina la titularidad de la competencia controvertida.

Una de las materias que estadísticamente representan el mayor número de recursos que acceden al Tribunal son los recursos de amparo, que tiene naturaleza subsidiaria (art. 53.2 CE) y presenta las siguientes modalidades: a) los recursos parlamentarios directos contra actos normativos sin valor de ley (art. 42 LOTC); b) los amparos contra actos de la Administración Pública (expresos, tácitos, presuntos o simple vía de hecho de los poderes públicos) previstos en el art. 43 LOTC, en los que el agotamiento de la vía judicial procedente se erige en requisito imprescindible de su válida interposición y, finalmente, c) los amparos contra resoluciones judiciales (providencias, autos y sentencias) en los que resulta preceptivo el agotamiento de la vía judicial previa (art. 44.1a) LOTC), la imputación a la resolución judicial de la vulneración del derecho (art. 44.1.b) LOTC) y la invocación formal del derecho constitucional vulnerado (art. 44.1. c) LOTC).

Las últimas reformas legales han propiciado el conocimiento por el Tribunal de los conflictos en defensa de la autonomía local (1999), la mediación constitucional en los conflictos de competencia, mediante la creación de las comisiones bilaterales entre el Estado y las Comunidades Autónomas (2000), la «transcendencia constitucional» en los recursos de amparo (2007), el conocimiento por el Tribunal de las normas forales fiscales de las Comunidades Autónomas (2010), los recursos previos de inconstitucionalidad sobre los proyectos de Estatuto de Autonomía (2015) y ha visto fortalecidas sus facultades de ejecución, especialmente en la reforma de los arts. 92 y 94 de su Ley Orgánica.

Al ejercer la interpretación auténtica de la Constitución (art. 1 LOTC), el Tribunal mantiene la plena validez de los principios y valores que la norma fundamental contiene: libertad, igualdad, justicia y pluralismo político; determina el alcance y contenido de los derechos fundamentales previsto en la sección 1.ª, capítulo 2.º, título I de la Constitución; define los principios esenciales de carácter económico y social (capítulo III del título I); establece los rasgos esenciales de la Monarquía parlamentaria, como forma política del Estado, y de los órganos constitucionales del Estado: del Congreso, del Senado, del Gobierno y del Consejo General del Poder Judicial. También define y concreta el alcance de la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas (arts. 148 y 149 CE) y el alcance del art. 155 CE.

A diferencia de los jueces y tribunales ordinarios que «juzgan y ejecutan lo juzgado» (art. 117.3 CE), desde el punto de vista de la legalidad, el Tribunal Constitucional es el supremo órgano jurisdiccional en materia de garantías constitucionales (art. 123 CE) y defiende la Constitución (así, sentencias de 17 de octubre y de 8 de noviembre de 2017).

BIBLIOGRAFÍA

González Rivas, J. J.: *La interpretación de la Constitución por el Tribunal Constitucional. Comentario sistemático de la Constitución Española*. Madrid: Civitas-Thompson, 2011.

— dir.: *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*. Madrid: La Ley – Wolters Kluwer, 2019 (2.ª ed.)

VV. AA.: *Comentarios a la Constitución* [en especial título IX-arts. 159 a 165 CE]. Madrid: BOE, Wolters Kluwer, 2018 (2.ª ed.)

Juan José González Rivas
Presidente del Tribunal Constitucional

VER TAMBIÉN: COMUNIDADES AUTÓNOMAS / CONSTITUCIÓN / CONSTITUCIÓN NORMATIVA / CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD / DECRETO LEGISLATIVO / DECRETO LEY / DERECHOS FUNDAMENTALES / ESTADO DE DERECHO / JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL / JURISPRUDENCIA / LEYES / RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), con sede en Luxemburgo, comprende el Tribunal de Justicia, el Tribunal General y los tribunales especializados (art. 19 del Tratado de la Unión Europea). El TJUE es, por tanto, una institución en cuya composición pueden entrar varios órganos jurisdiccionales distintos. En la actualidad está compuesto por el Tribunal de Justicia, establecido en 1952, y el Tribunal General, que se creó en 1988 con la denominación de Tribunal de Primera Instancia. En 2006 inició sus trabajos un tribunal especializado, el Tribunal de la Función Pública, que formó parte del TJUE hasta su desaparición en septiembre de 2016. Sus competencias se asumieron por el Tribunal General.

El Tribunal de Justicia está compuesto por 27 jueces y 11 abogados generales. En aplicación del Reglamento (UE, Euratom) 2015/2422 y desde septiembre de 2019, el Tribunal General se compone de dos jueces por cada Estado miembro. Todos ellos son designados por los Gobiernos de los Estados miembros por un período de seis años, con posibilidad indefinida de renovación por períodos iguales. Cada designación debe hacerse previa consulta al comité establecido por el art. 255 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) con la misión de pronunciarse sobre la idoneidad de los candidatos.

Los jueces eligen de entre ellos al presidente y al vicepresidente por un período de tres años, siendo sus mandatos renovables. El catedrático español Gil Carlos Rodríguez Iglesias presidió el Tribunal entre 1994 y 2003. La función de los abogados generales consiste en presentar públicamente, con toda imparcialidad e independencia, conclusiones motivadas sobre los asuntos que, de acuerdo con el Estatuto del TJUE, requieran su intervención. El Tribunal nombra a su secretario, que es a la vez secretario general de la institución en su conjunto, cuya administración dirige bajo la autoridad del presidente.

Los jueces del Tribunal General eligen de entre ellos a su presidente y vicepresidente, para un mandato renovable de tres años. Los mismos jueces eligen al secretario del Tribunal General. No existen en el Tribunal General abogados generales designados con ese carácter por los Gobiernos de los Estados miembros, pero, excepcionalmente, los jueces del Tribunal General pueden desempeñar las funciones de abogado general.

La competencia más importante del Tribunal de Justicia es quizá la de conocer las *cuestiones prejudiciales* suscitadas por los tribunales nacionales. Según el art. 267 TFUE, el Tribunal de Justicia es competente para pronunciarse con carácter prejudicial sobre la interpretación de los Tratados y sobre la validez y la interpretación de los actos adoptados por las instituciones, los órganos y los organismos de la Unión. Los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros pueden pedir al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre una cuestión de esta naturaleza si estiman necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo. Del ejercicio de esta competencia han surgido las sentencias más famosas del Tribunal y algunos principios jurisprudenciales muy relevantes, como el de aplicación directa del entonces Derecho comunitario por los tribunales nacionales (caso *Van Gend en Loos*, 1963).

Mediante el *recurso por incumplimiento,* el Tribunal de Justicia comprueba, normalmente a instancias de la Comisión, si un Estado miembro ha incumplido algu-

na de las obligaciones que le incumben en virtud de los Tratados. El recurso va precedido de un procedimiento que se tramita ante la Comisión y en cuyo marco el Estado afectado puede presentar observaciones. Si el Tribunal declarare que el Estado miembro ha incumplido la obligación de que se trate, dicho Estado estará obligado a adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia.

El objeto del *recurso de anulación* es el control de la legalidad de los actos de una institución, de un órgano o de un organismo de la UE. El Tribunal General es competente para conocer en primera instancia de los recursos de anulación. Sin embargo, están reservados al Tribunal de Justicia los recursos interpuestos por un Estado miembro contra actos del Parlamento, del Consejo Europeo o del Consejo, y los recursos de una institución contra actos de otra institución. Además de los Estados miembros y las instituciones, puede interponer el recurso de anulación toda persona física o jurídica contra los actos de los que sea destinataria o que le afecten directa e individualmente, y contra los actos reglamentarios que le afecten directamente y que no incluyan medidas de ejecución.

El *recurso por omisión* permite reaccionar si una institución, un órgano o un organismo de la UE se abstuvieran de pronunciarse en violación de los Tratados. Este recurso solamente será admisible si la parte demandada hubiera sido requerida previamente para actuar. El Tribunal de Justicia y el Tribunal General conocen de este recurso conforme a los mismos criterios que rigen para el recurso de anulación.

Con especial importancia práctica, el Tribunal General es competente para conocer en primera instancia de los recursos contra las resoluciones de la Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO), y de los litigios entre la Unión Europea y sus agentes.

Contra las resoluciones dictadas por el Tribunal General en primera instancia podrá interponerse *recurso de casación* ante el Tribunal de Justicia, limitado a las cuestiones de Derecho. Los recursos contra sentencias del Tribunal General relativas a resoluciones de la EUIPO solo se admitirán a trámite cuando susciten una cuestión importante para la unidad, la coherencia o el desarrollo del Derecho de la Unión.

El Tribunal de Justicia actúa en Salas de tres o cinco jueces, en Gran Sala (quince jueces) o en Pleno (todos los jueces). Los presidentes de las Salas de cinco jueces son elegidos por tres años, con posibilidad de renovación por una sola vez. La presidencia de la Gran Sala y del Pleno corresponden al presidente del Tribunal de Justicia. El Tribunal de Justicia actúa en Pleno en asuntos que revistan una importancia excepcional, y en Gran Sala cuando así lo solicite un Estado miembro o una institución de la Unión que sea parte en el proceso.

El Tribunal General actúa en Salas de tres o cinco jueces. Puede actuar también en Gran Sala (quince jueces) o en formación de juez único, en los supuestos previstos en el Reglamento de Procedimiento del Tribunal General (RPTG). Los presidentes de las Salas de cinco jueces son elegidos por tres años. La presidencia de la Gran Sala corresponde al presidente del Tribunal General. En septiembre de 2019 se implantó la especialización parcial de las diez Salas del Tribunal General: cuatro salas se encargan de los asuntos de función pública y seis de los asuntos de propiedad intelectual. Los demás asuntos se reparten entre todas las Salas.

El *procedimiento* ante el Tribunal de Justicia consta siempre de una fase escrita, y eventualmente de una fase oral. La fase

escrita del procedimiento de las cuestiones prejudiciales comienza mediante la petición de decisión prejudicial que formula el tribunal nacional. Tal petición se notifica a las partes litigantes, a los Estados miembros y a la Comisión, así como a la institución que haya adoptado el acto cuya interpretación se cuestiona, que podrán presentar observaciones escritas. En los recursos, la fase escrita comienza mediante demanda dirigida al secretario, que se notificará al demandado, quien presentará contestación en el plazo de dos meses. La demanda y la contestación podrán completarse con una réplica del demandante y una dúplica del demandado.

La fase oral consiste en una vista pública durante la cual los jueces y el abogado general pueden formular preguntas a los agentes o abogados de las partes. Terminada la vista, el abogado general presenta sus conclusiones y el juez ponente elabora un proyecto de sentencia sobre el que delibera y vota la Sala. No caben los votos particulares.

El procedimiento ante el Tribunal General es bastante parecido al que se sigue ante el Tribunal de Justicia para los recursos directos. El RPTG contiene normas especiales para el contencioso relativo a los derechos de propiedad intelectual.

En septiembre de 2019 llegó a su culminación la reforma adoptada en 2015 y consistente en la duplicación del número de jueces del Tribunal General. La reforma es de tal envergadura que resulta improbable que a medio plazo se vuelva al modelo de los tribunales especializados, al que pertenecía el Tribunal de la Función Pública, suprimido por la propia reforma, y cuyas competencias se asumieron por el Tribunal General. En todo caso, habrá que esperar a la valoración que Parlamento, Consejo y Comisión hagan del informe que sobre los resultados de la reforma debe dirigirles el TJUE en diciembre de 2020.

Por último, las sentencias del Tribunal de Justicia seguirán sin duda coadyuvando al proceso de integración europea, como ya lo hizo, entre otras muchas, la antes citada del caso Van Gend en Loos, que introdujo el principio de eficacia directa del Derecho comunitario, y que ha sido calificada como «especialísima contribución judicial a la creación de Europa» y «acto fundacional de una comunidad de Derecho».

BIBLIOGRAFÍA

López Castillo, A., dir.: *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018. 2.ª ed.

Mangas Martín, A.; Liñán Nogueras, D. J.: *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*. Madrid: Tecnos, 2016. 9.ª ed.

Sarmiento, D.: *El Derecho de la Unión Europea*. Madrid: Marcial Pons, 2018. 2.ªed.

Signes de Mesa, J. I.: *Derecho procesal europeo*. Madrid: Iustel, 2019.

Leopoldo Calvo-Sotelo Ibáñez-Martín
Letrado Mayor del Consejo de Estado
Ex Juez del TJUE

VER TAMBIÉN: ACERVO COMUNITARIO / COMISIÓN EUROPEA / CONSTITUCIÓN EUROPEA (Proyecto de) / INTEGRACIÓN EUROPEA / PARLAMENTO EUROPEO / TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS / UNIÓN EUROPEA

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (denominado habitualmente «Tribunal de Estrasburgo», por la ciudad francesa en la que se halla, o simplemente TEDH) es el órgano jurisdiccional encargado de velar por la garantía y la protección de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH o «el Convenio»). Pertenece al Consejo de Europa, entidad supranacional europea, constituida en 1949 tras la Segunda Guerra Mundial, con la finalidad de promover la garantía y el respeto de los derechos humanos, la democracia y el imperio de la ley. En la actualidad lo integran cuarenta y siete Estados, esto es, todos los Estados del viejo continente, excepto Bielorrusia, Kazajistán y la Ciudad del Vaticano. El TEDH está compuesto por cuarenta y siete jueces, uno por cada uno de los Estados del Consejo de Europa.

Cualquier persona que considere que sus derechos no han sido respetados por la jurisdicción de un Estado miembro puede recurrir ante este Tribunal, una vez que se haya agotado la vía interna, en el plazo de seis meses a partir de la fecha de la decisión interna definitiva. Excepcionalmente, el TEDH admite demandas sin que se hayan agotado las vías de recurso nacionales cuando, atendiendo a los precedentes y la práctica, constata que no existen recursos internos efectivos ni suficientes. Los demandantes pueden ser personas físicas, organizaciones no gubernamentales, grupos de personas, así como Estados miembro. El TEDH inadmite las demandas anónimas, y las que constituyen meras repeticiones de otras presentadas anteriormente o ante otras instancias internacionales y no contengan hechos nuevos. Asimismo, inadmite las demandas incompatibles con el Convenio y cuando el demandante no ha sufrido un perjuicio importante, a menos que el respeto de los derechos humanos garantizados por el Convenio exija un examen del fondo de la demanda.

La jurisprudencia del TEDH no solo sirve a la solución de casos concretos –si bien probablemente es su función más importante–, sino que también atiende a otros cometidos como, por ejemplo, la fijación de los estándares en materia de derechos fundamentales que deberán ser respetados por los Estados parte o la especificación de la legitimación activa. Ha considerado, en este sentido, la continuación del proceso a pesar de que la víctima había fallecido una vez interpuesta la demanda habida cuenta del interés general que plantea el caso para los Estados contratantes (STEDH *Karner c. Austria*, de 24 de julio de 2003); así como la admisión de la demanda interpuesta por una organización no gubernamental en nombre de una persona fallecida cuando la violación grave de los derechos humanos está en juego (STEDH *Centre For Legal Resources On Behalf of Valentin Câmpeanu c. Rumanía*, de 17 de julio de 2014).

Las sentencias del TEDH son obligatorias –los Estados miembros se han comprometido a acatarlas en los litigios en que sean partes *ex* art. 46.1 del Convenio Europeo– y vinculantes, con dos efectos: en primer lugar, el de cosa juzgada respecto del Estado demandado; en segundo lugar, el de cosa interpretada con efectos *erga omnes*, en el bien entendido de que el TEDH tiene competencia para la aplicación e interpreta-

ción del Convenio. La eficacia de cosa interpretada de las sentencias del Tribunal tiene, por tanto, alcance general, es decir, respecto de todos los Estados parte en el Convenio. Las autoridades nacionales –legislativas, ejecutivas y judiciales– deben tomar en consideración la interpretación del Convenio por el Tribunal de Estrasburgo a través de su jurisprudencia, ya que dicha interpretación les vincula jurídicamente. Sin embargo, en dicha interpretación, los Estados pueden valorar la sentencia en función del contexto y sistema jurídico del país. En España, la jurisprudencia del TEDH penetra a través del art. 10.2 de la Constitución de 1978, en virtud del cual las normas referidas a los derechos fundamentales se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y convenios ratificados por España sobre las mismas materias. De entre ellos, el CEDH goza de un indiscutible valor preeminente habida cuenta de que la jurisprudencia del TEDH ofrecerá una aportación fundamental en el entendimiento europeo de los derechos fundamentales, así como su interpretación y evolución constante de conformidad con el estado y avance de las sensibilidades sociales en el seno de los Estados en torno a las más diversas materias. Como ha dicho el TEDH en varias sentencias, el Convenio constituye el «instrumento constitucional de protección del orden público europeo en el campo de los derechos humanos» (véase, por ejemplo, la STEDH *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi c. Irlanda*, de 30 de junio de 2005). Y se actualiza mediante la incorporación de nuevos derechos a través de los protocolos adicionales, así como mediante lo que Estrasburgo denomina «jurisprudencia evolutiva», interpretando los derechos humanos clásicos de conformidad con las nuevas necesidades y aspiraciones, adaptándolo así a los cambios sociales. En este contexto, el TEDH ha dado cabida a la progresiva consolidación de los derechos medioambientales, cuando la contaminación o el daño al entorno ha supuesto una violación de derechos humanos concretos; ha considerado la protección del medio ambiente, el paisaje o la utilización racional de los recursos territoriales como intereses generales prevalentes frente a derechos individuales; ha dado prevalencia al derecho de los escolares a una educación sexual neutral en primaria frente a los derechos de los padres a decidir la educación de sus hijos según sus convicciones religiosas, y un largo etcétera.

Las sentencias del TEDH no tienen carácter ejecutorio. No obstante, el Comité de Ministros, integrado por los ministros de Asuntos Exteriores de los Estados miembros, supervisa su ejecución. En España, en atención a la obligación de establecer en el ordenamiento jurídico los cauces legales idóneos para dar eficacia y ejecutar dichas sentencias, la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, incorpora la reforma de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que en su disposición final tercera contempla la revisión de las resoluciones judiciales firmes que hayan sido declaradas por el TEDH en violación del Convenio. No obstante, dicha violación, por su naturaleza y gravedad, debe comportar efectos que persistan «y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión». Además, la revisión no debe perjudicar a derechos adquiridos de buena fe por terceras personas. Según la Exposición de motivos de la Ley de reforma, con ello se pretende reforzar la seguridad jurídica en un sector tan destacado como el de la protección de los dere-

chos fundamentales, «(…) fundamento del orden político y de la paz social, como proclama el artículo 10.1 de nuestra Constitución».

El significado del Tribunal en la protección de derechos humanos en el ámbito europeo es fundamental en cuanto que ampara a toda persona que se halle bajo la jurisdicción de un Estado parte. Por ello, no podrá devolverse a una persona reclamada por su país de origen si no hay garantía de respeto a sus derechos humanos, ni cabe la expulsión de un extranjero si ello implica la violación del derecho al respeto a su vida familiar. En base a su vocación expansiva y su jurisprudencia evolutiva, el TEDH ofrece un nivel alto de protección de los derechos humanos que refuerza e incrementa los estándares de protección de los Derechos nacionales.

BIBLIOGRAFÍA

Bouazza Ariño, O.: «El Derecho del Consejo de Europa en la europeización del Derecho público español», en *Revista de Administración Pública*, 204 (2017).

Carrillo Salcedo, J. A.: *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Madrid: Tecnos, 2003.

Casadevall, J.: *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

Lasagabaster Herrarte, I.: *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*. Pamplona: Thomson-Civitas, 2015. 3.ª ed.

Martín Rebollo, L., dir.: *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje el Prof. Dr. Lorenzo Martín-Retortillo*. Zaragoza: El Justicia de Aragón, 2008.

Martín-Retortillo Baquer, L.: *La Europa de los Derechos Humanos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

Martín-Retortillo Baquer, L.: *La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del Derecho*. Madrid: Civitas, 2004.

Omar Bouazza Ariño
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad Complutense

VER TAMBIÉN: CONSEJO DE EUROPA / CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS / DEMOCRACIA / DERECHOS FUNDAMENTALES / DERECHOS SOCIALES / DIÁLOGO DE TRIBUNALES / ESTADO DEMOCRÁTICO / JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL / PRINCIPIOS Y VALORES CONSTITUCIONALES / TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL SUPREMO

Toda forma de organización de la convivencia requiere un ordenamiento jurídico que la configure y encauce las relaciones que se producen en su seno. Esa función conformadora y articuladora del Derecho es imprescindible para mantener la propia sociedad. Ahora bien, para que cumpla ese cometido, es necesario, no solo que el propio ordenamiento jurídico sea, como su nombre expresa, ordenado, coherente y pleno, sino que se aplique de manera igualmente coherente y, además, uniforme. Es decir, de modo que ante situaciones idénticas lleve a respuestas iguales.

El ordenamiento jurídico de nuestros días no siempre lo facilita. Fruto de una pluralidad de fuentes normativas en constante actividad y en continua expansión, ha adquirido unas dimensiones y una complejidad desconocidas. Su crecimiento no siempre es sistemático y coherente. Así, la abundancia de regulaciones complica saber cuál es la aplicable y no evita contradicciones, oscuridad o insuficiencias. Estos defectos dificultan, cuando no impiden, su cometido ordenador y la vasta e intrincada organización de los poderes públicos favorece que, con más frecuencia de la debida, se sigan criterios dispares al aplicar las disposiciones normativas a situaciones semejantes o iguales. Incluso, entre los jueces llamados a dirimir las controversias sobre su sentido a menudo discrepan en torno a cuál deba ser.

Para superar este inconveniente los juzgados y tribunales que integran el Poder Judicial cuentan con una organización piramidal culminada por un tribunal, supraordenado a todos los demás, al que se encomienda resolver las diferencias de criterio que surjan entre los inferiores y decir la última palabra, sentando la interpretación correcta del ordenamiento jurídico. De este modo, realiza su unidad y hace posibles la igualdad en su aplicación y la seguridad jurídica.

Ese tribunal ha recibido diversos nombres según las experiencias históricas, pero predominan los de Tribunal Supremo y de Tribunal de Casación. Esta última denominación alude a la función característica de estos órganos con la palabra con la que se calificó al tribunal creado por los revolucionarios franceses para asegurar la fiel interpretación de las leyes con las que querían expresar la soberanía nacional. Casación proviene de *cassation*, que expresa la acción de *casser*, esto es, de romper, anular, las sentencias de tribunales inferiores que interpreten y apliquen incorrectamente las leyes. En su concepción original, el Tribunal de Casación no era un órgano judicial sino del Poder Legislativo y se creó por la desconfianza hacia los jueces y el temor a que desnaturalizaran las leyes aprobadas por la Asamblea Nacional. Superados los momentos iniciales, la función pasó a ser desempeñada por el tribunal que encabeza la organización judicial.

La labor principal del Tribunal Supremo –aunque no sea la única-– es la de ser *juez de jueces*, pues juzga las sentencias de los demás tribunales a fin de superar las contradicciones que aparezcan entre ellas y de corregirlas si no responden a las determinaciones del ordenamiento jurídico. Es, por tanto, un elemento esencial en la arquitectura de todo Estado y, especialmente, del que conoce-

mos como Estado de Derecho en el que los poderes públicos están sometidos a la ley, garantizada la tutela de los derechos fundamentales y en manos de los jueces el control de esa sujeción y la protección de los derechos e intereses legítimos de todos.

Entre sus funciones puede figurar el control de la constitucionalidad de las leyes. No obstante, a partir de 1945, en la mayor parte de los Estados democráticos se optó por confiar esa tarea a un órgano de nuevo cuño, el Tribunal Constitucional, en algunas experiencias encuadrado en el seno del Poder Judicial y, en otras, situado fuera de él, si bien en todas colocado en una posición de supremacía respecto de los demás poderes públicos, incluidos los tribunales de justicia. La entrada en escena de ese nuevo órgano supuso, en un primer momento, conflictos con el Tribunal Supremo, superados pasada la inevitable adaptación.

En España, el Tribunal Supremo fue creado por la Constitución de 1812 y, desde su entrada en funcionamiento en el Cádiz asediado, ha presidido la organización judicial. Reúne en su seno y culmina todos los órdenes jurisdiccionales, expresando así la unidad del Poder Judicial. Incluye entre ellos el contencioso-administrativo, en otros países encabezado por el Consejo de Estado o por un Tribunal Supremo Administrativo.

La Constitución de 1978 define al Tribunal Supremo en su art. 123 como el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes salvo lo dispuesto en materia de garantías jurisdiccionales, excepción referida al Tribunal Constitucional. Conforme a la Ley Orgánica del Poder Judicial, se organiza en cinco Salas, una por cada uno de los órdenes jurisdiccionales previstos por el legislador: la Primera, de lo Civil; la Segunda, de lo Penal; la Tercera, de lo Contencioso-Administrativo; la Cuarta, de lo Social; y la Quinta, de lo Militar.

El presidente del Tribunal Supremo, también según el art. 123 de la Constitución, es elegido por el Consejo General del Poder Judicial, que es el órgano de gobierno de los jueces. Y, por presidir el Tribunal Supremo preside, a la vez, el Consejo. Los constituyentes quisieron expresar así la relación existente entre las facetas jurisdiccional y gubernativa del Poder Judicial y, también, la primacía de la primera, hecha efectiva por la Sala Tercera del Tribunal Supremo que controla la actuación del Consejo.

El Tribunal Supremo está compuesto por setenta y nueve magistrados, que forman parte de una categoría específica, elegidos, al igual que su presidente y vicepresidente, por el Consejo General del Poder Judicial. Se distribuyen entre sus cinco Salas: la Primera cuenta con diez, la Segunda con quince, la Tercera con treinta y tres, la Cuarta con trece y la Quinta con ocho.

La elección de los presidentes de sus Salas y de los magistrados del Tribunal Supremo se produce mediante concurso anunciado públicamente y la comparecencia de los solicitantes ante la Comisión Permanente del Consejo. Cuatro de cada cinco de sus plazas se proveen entre los magistrados que cuenten con más de diez años de antigüedad en esa categoría. De ellas, dos deben cubrirse entre los que, además, posean la condición de especialistas en el orden jurisdiccional correspondiente. La quinta plaza se cubre entre abogados y otros juristas de reconocida competencia con más de quince años de experiencia profesional en la rama del Derecho de la Sala a la que pertenezca.

El Consejo General del Poder Judicial elige entre los solicitantes en votación pública y con mayoría cualificada al que considera más idóneo y debe explicar las razones por las que hace esa elección, las cuales deben tener presentes el mérito y la capacidad exigidos por la Constitución en su art. 23.2 y los criterios previstos reglamentariamente y en las bases de la convocatoria. Su decisión puede ser revisada en virtud de recurso de cualquiera de los aspirantes no elegidos por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, que puede anularla.

El Tribunal Supremo tiene jurisdicción en toda España y su actividad principal consiste en resolver recursos de casación contra sentencias y resoluciones de los juzgados y tribunales. De este modo sienta la jurisprudencia que complementa el ordenamiento jurídico del Estado y unifica las interpretaciones dispares que puedan mantener los juzgados y tribunales en torno a sus prescripciones. Al realizar esta tarea no se ocupa, en principio, de la revisión de los hechos que se tuvieron por probados en la instancia, sino de la aplicación del Derecho a esos hechos para confirmarla o corregirla.

Además, varias de sus Salas conocen en primera y única instancia de distintos procesos. La Sala Primera entiende de las demandas de responsabilidad civil contra los miembros de los órganos constitucionales y otros sujetos aforados. La Sala Segunda exige la responsabilidad criminal, entre otros, a diputados y senadores y a los miembros del Gobierno, así como a los parlamentarios y gobernantes de las Comunidades Autónomas, en este caso por delitos cometidos fuera de su territorio. Y la Sala Tercera, por su parte, revisa los actos y disposiciones del Consejo de Ministros y de las Comisiones Delegadas del Gobierno, los del Consejo General del Poder Judicial y los de la Junta Electoral Central, además de resolver los recursos contencioso-electorales en las elecciones a Cortes Generales y al Parlamento Europeo. También examina la legalidad de los actos de los órganos constitucionales en materia de personal, administración y régimen patrimonial.

Contra las sentencias del Tribunal Supremo no cabe ya ulterior recurso judicial. Solamente en la medida en que se les reproche la vulneración de algún derecho fundamental podrá interponerse contra ellas recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. De considerar este que, efectivamente, causaron esa vulneración, las anulará y decidirá lo procedente para restablecer el derecho infringido. No obstante, son muy pocas las ocasiones en que esto sucede.

BIBLIOGRAFÍA

Catalina Benavente, M.ª Á.: *El Tribunal Supremo y la tutela de los derechos fundamentales (el recurso de casación y el art. 53 de la CE)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

Gimeno Sendra, V., dir.: *El Tribunal Supremo, su doctrina legal y el recurso de casación. Estudios en homenaje al profesor Almagro Nosete*. Madrid: Iustel, 2007.

Martínez Arrieta, A.: *El recurso de casación y de revisión penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

Sempere Navarro, A. V.; Cavas Martínez, F.: *La casación unificadora y su proyección sobre temas de Derecho Laboral individual*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2016.

Serra Cristóbal, R.: *La guerra de las Cortes: la revisión de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a través del recurso de amparo*. Madrid: Tecnos, 1999.

Pablo Lucas Murillo de la Cueva
Académico de Número y Secretario de la
Real Academia de Ciencias Morales y Políticas
Magistrado del Tribunal Supremo
Catedrático de Derecho Constitucional

VER TAMBIÉN: ABOGACÍA / AFORAMIENTO / CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL / DIÁLOGO DE TRIBUNALES / ESTADO DE DERECHO / JUECES Y MAGISTRADOS / JURISDICCIÓN / JURISPRUDENCIA / ORDENAMIENTO JURÍDICO / SEGURIDAD JURÍDICA / TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

UNIÓN EUROPEA

La Unión Europea es una organización internacional constituida por Estados europeos democráticos de los que recibe las competencias para alcanzar los objetivos comunes que aquellos quieren lograr.

Son los Estados, y por medio de ellos los ciudadanos, quienes han dotado de competencias a la Unión. La UE no ha sido ni es un poder originario creado a partir de un acto constituyente popular. No tiene, pues, competencias propias u originarias ni poderes generales, sino competencias funcionales en ámbitos determinados. La Unión habrá de perseguir los objetivos asignados *solo* mediante las competencias atribuidas. Toda la competencia no atribuida a la UE en los Tratados corresponde a los Estados miembros.

Los Estados miembros, en uso de su soberanía y de conformidad con previsiones exigentes constitucionales para autorizar parlamentariamente este tipo de tratados, atribuyen el ejercicio de competencias soberanas en ámbitos precisos en favor de instituciones comunes dotadas de poderes y competencias autónomos de decisión para lograr objetivos establecidos en los Tratados constitutivos de la Unión (Tratado de la Unión Europea y Tratado de Funcionamiento de la Unión). Se fundamenta, pues, en el principio básico de toda organización internacional: el principio de atribución de competencias (arts. 1 y 5 TUE).

La Unión Europea, tal como se ideó por primera vez en el Tratado de Maastricht de 1992, era un ente político basado en tres *pilares*: las Comunidades Europeas (CECA-CEE-Euratom) y las dos formas de cooperación intergubernamental (la Política Exterior y de Seguridad Común –PESC– y la Cooperación Judicial Penal y Policial). La Unión Europea era, entonces, un ente de la razón con fundamento *in re* (en las Comunidades). Era una entidad política cuya realidad tangible se sustentaba en las realizaciones materiales conseguidas a través de las Comunidades Europeas, cada una dotada de personalidad jurídica.

Sin embargo, esa idea de una Unión Europea basada en tres organizaciones con las Comunidades como pilar central, junto a los pilares o formas de cooperación intergubernamentales, resultó muy compleja y difícil de entender por la ciudadanía y por los propios políticos. Tras la reforma del Tratado en Lisboa (2007, en vigor desde diciembre de 2009) desapareció la estructura de pilares, se extinguió la antigua Comunidad Europea (pero no su Tratado, que pasa a denominarse Tratado de Funcionamiento de la UE) y la renovada Unión Europea sucedió en la personalidad internacional a la Comunidad Europea, asumiendo sus derechos, obligaciones y procedimientos y todo su acervo de integración del proceso iniciado en 1951 (CECA) y 1957 (CEE-Euratom).

La creación de la Unión Europea como ente político en 1992 y como ente jurídico –organización internacional– en 2009 no cambia ni transforma la naturaleza política y jurídica del proceso iniciado en 1951; sigue siendo una asociación voluntaria de Estados soberanos a la que se dota de sus propios órganos, que traducen una voluntad distinta de sus Estados miembros, y que tiene competencias normativas concretas y limita-

das que puede ejercer en las condiciones establecidas en los Tratados constitutivos y las ejerce efectivamente, además de en el plano interno, en el externo.

La Unión, pues, goza personalidad jurídica internacional. En efecto, la UE suscribe acuerdos internacionales, goza de privilegios e inmunidades, ejerce derechos y asume obligaciones en el orden internacional y, por tanto, mantiene relaciones diplomáticas directas con otros sujetos internacionales.

La UE no es un Estado federal, aunque solo sea por el hecho de que ni tan siquiera es un Estado ni tiene como horizonte un Estado federal unificado. La Unión se compromete a respetar a la identidad nacional de sus Estados miembros (art. 4.2 TUE), lo que significa también la permanencia de los Estados en tanto que Estados soberanos e independientes –aunque comprometidos con sus obligaciones europeas– como una condición para la existencia misma de la Unión. La Unión no tiene en el horizonte sustituir a los Estados soberanos El respeto a la identidad nacional y a las funciones esenciales del Estado no debe ser interpretado ni como una cláusula de excepción que permita disminuir la obligación que tienen los Estados de respetar las disposiciones de los Tratados, ni como una reserva de competencias nacionales. Los Estados y sus gobiernos democráticos son *el poder constituyente intergeneracional constante*.

El *plus* que hace única a la Unión respecto a otras organizaciones internacionales es su doble legitimidad democrática e internacional. El Tribunal de Justicia ya lo reconoció en sentencias capitales como *Van Gend en Loos* (1963) o *Costa c. ENEL* (1964) cuando afirmó que la integración europea «contempla a los pueblos» y les convoca a participar mediante «la creación de órganos» en los que los pueblos están llamados a colaborar.

En efecto, lo que ha distinguido a las antiguas Comunidades Europeas del siglo XX y distingue a la Unión Europea del siglo XXI es el Parlamento Europeo elegido por sufragio universal directo y su competencia legislativa en práctica paridad con el Consejo.

La necesidad de la confluencia del consentimiento de Estados (legitimidad internacional del Consejo) y de la ciudadanía (legitimidad democrática del Parlamento Europeo) se refleja en los Tratados, en particular, en el proceso legislativo ordinario que no permite que ninguna norma de Derecho derivado entre en vigor si no la aprueba el Parlamento Europeo.

Además, desde el origen del sistema de integración el principal destinatario de las normas de la Unión no son los Estados miembros sino la ciudadanía y las personas jurídicas (principio del efecto directo), por lo que disponen de un acceso directo o legitimidad activa al sistema jurisdiccional de la Unión en determinadas condiciones. A su vez, se viene fomentando el sentimiento de ciudadanía compartida mediante un estatuto de derechos ciudadanos y una común Carta de Derechos Fundamentales (art. 6 TUE), además de una apreciable preocupación por su implicación real en las iniciativas legislativas ciudadanas (arts. 9-11 TUE).

Los Tratados constitutivos articulan un pacto político-social entre la ciudadanía y los Estados miembros expresando los valores que nos unen. La razón de ser del sistema de integración es la existencia de unos valores comunes a la Unión

y a sus Estados miembros. Esos valores supremos son dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto a los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a las minorías (art. 2 TUE). La condición de Estado *europeo* y *democrático* es un requisito para el ingreso y la permanencia en la UE con un sistema de control en caso de desviación de los valores (art. 7 TUE).

Estos valores son exigibles también a la acción autónoma de los Estados miembros –al margen de las competencias de la Unión–, pues se trata de valores comunes y no propios o exclusivos de la UE. Son valores deseablemente universales, fruto de la herencia común cultural, religiosa y humanista que compartimos los europeos (preámbulo del TUE).

El principio de colaboración leal rige las relaciones entre la Unión y sus Estados miembros, así como las relaciones de las instituciones entre sí. Esta clave de bóveda del proceso conlleva la obligación para los Estados miembros de adoptar *todas* las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento del Derecho de la Unión (originario y derivado), el deber de abstención de adoptar *todas* aquellas medidas que puedan poner en peligro la realización de los fines de los Tratados y la obligación de facilitar a las Instituciones el cumplimiento de sus misiones (art. 4.3 TUE). Este principio –según sedimentada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión– es el fundamento último de otros cuatro principios angulares: la primacía del Derecho de la Unión sobre el Derecho interno de los Estados miembros –incluida la Constitución– en los ámbitos de competencias atribuidos a la Unión, el efecto directo e inmediato de sus normas, la tutela judicial efectiva y cautelar y la responsabilidad patrimonial del Estado por los incumplimientos del Derecho de la Unión.

La Unión es una «Unión de Derecho» sometida a la interpretación y aplicación del Derecho por el Tribunal de Justicia. Sobresale de la singularidad de la Unión la misión encomendada al Tribunal de Justicia de garantizar el respeto de los Tratados en el orden interno y externo (control preventivo de los acuerdos internacionales que suscribe la Unión). En efecto, las Instituciones de la Unión deben respetar los Tratados constitutivos y el Derecho derivado en vigor bajo control efectivo del Tribunal de Justicia. Y los Estados miembros no pueden adoptar leyes ni otros actos contrarios a los Tratados y al Derecho derivado ni pueden abstenerse de cumplir íntegramente el Derecho de la Unión. Los actos de las Instituciones y de los Estados pueden ser impugnados mediante diversos procedimientos ante el Tribunal de Justicia, como el recurso de nulidad (art. 263 TFUE), la cuestión prejudicial (art. 267 TFUE) y el procedimiento por incumplimiento (art. 258 TFUE).

La Unión no es la meta misma de la integración sino «una nueva etapa en el proceso creador de una Unión» (primer párrafo del preámbulo y art. 1 TUE). La UE mantiene el objetivo de una unión «cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa», incorporado del preámbulo al articulado desde la reforma de Maastricht en 1992. La Unión avanza lenta y continuamente hacia una mayor integración sin definir la meta final. La idea de la progresividad y la idea del puente intergeneracional, la idea de que el futuro se construye poco a poco y entre todos, que no hay nada acabado ni cerrado y que las generaciones futuras están llamadas a ser protagonistas del proceso, condensa toda una filosofía política del proceso.

BIBLIOGRAFÍA

BOGDANDY, A. von: «The European lesson for international democracy: the significance of Articles 9 to 12 EU Treaty for International Organizations», en *EJIL*, vol. 23: 2 (2012).

HABERMAS, J.: «The crisis of the European Union in the light of a Constitutionalization of International Law», en *EJIL*, vol. 23:2 (2012).

LASO PÉREZ, J. J.: *El principio de cooperación leal en el ordenamiento comunitario*. Madrid: COLEX, 2000.

MANGAS MARTÍN, A.: «¿Qué modelo de integración política para Europa?», en *Cuadernos Europeos de Deusto*, 24 (2001).

— dir.: *Carta de los Derechos Fundamentales de Niza. Comentario artículo por artículo*. Madrid: Fundación BBVA, 2008.

Araceli MANGAS MARTÍN
Académica de Número y Censora de la
Real Academia de Ciencias Morales y Políticas
Catedrática de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales
Universidad Complutense

VER TAMBIÉN: ACERVO DE LA UE / COMISIÓN EUROPEA / CONSTITUCIÓN EUROPEA (Proyecto de) / DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO / INTEGRACIÓN EUROPEA / PARLAMENTO EUROPEO / POLÍTICA EXTERIOR Y DE SEGURIDAD DE LA UE / TRATADOS INTERNACIONALES / TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UE

UTILITARISMO JURÍDICO

La aplicación de la doctrina del utilitarismo –una doctrina ética– al Derecho tiene su origen en la obra del filósofo y jurista inglés Jeremy Bentham (1748-1832). Sus seguidores, John Austin (1790-1859) y John Stuart Mill (1806-1873), extendieron sus ideas a la doctrina jurídica y a la doctrina política, respectivamente.

La doctrina ética utilitarista sostiene que la corrección moral de todas las acciones humanas depende únicamente de las consecuencias de dichas acciones a favor del bienestar humano (o, en algunas versiones, de todos los seres sentientes), a favor de la felicidad, en suma. De este principio muy general, el principio de *la mayor felicidad para el mayor número* (que ya se hallaba en la obra del penalista de la Ilustración Cesare Beccaria, en *Dei delitti e delle pene*, 1764), se derivan algunas relevantes conclusiones para el Derecho.

La primera es que todas las acciones legislativas están justificadas en la medida en la que contribuyan al bienestar. El utilitarismo asume que la legislación es un instrumento susceptible de cambiar los intereses individuales y de procurar que se adecuen al bienestar colectivo. Tres ámbitos relacionados con el Derecho se han beneficiado en gran medida de esta doctrina: el Derecho Penal, la teoría de la democracia y el ámbito de las políticas públicas.

El castigo previsto por las normas penales solo está justificado cuando contribuye al bienestar humano. Esta idea ha estado entre los fundamentos de muchas de las reformas penales acaecidas en los dos últimos siglos. Las sanciones jurídicas se justifican únicamente cuando son un medio necesario para evitar la comisión de daños en el futuro, cuando tienen una función *preventiva*. El castigo penal mira hacia el futuro, hacia las consecuencias y no, como sucedía en las doctrinas retributivas, hacia el pasado, hacia la culpa. Para que las penas puedan ejercer su función en el mecanismo de la motivación humana deben adecuarse al principio de legalidad: las leyes deben ser previas a las acciones calificadas como delitos y deben determinar claramente su contenido. Por otro lado, el principio del daño ha de inspirar toda la legislación penal, los comportamientos que no dañan a terceros no deben ser castigados penalmente. Lo que comporta que no está justificado castigar comportamientos que no dañan a otros, a veces denominados delitos *sin víctima* (la homosexualidad, por ejemplo, cuya despenalización en el Reino Unido no tuvo lugar hasta 1968).

Durante la primera parte de su vida, Bentham fue un seguidor de las ideas de la Ilustración, pero no un demócrata. Fue su relación con el padre de John Stuart Mill, James Mill, la que le convirtió en un demócrata. Sin embargo, la obra de los utilitaristas está claramente conectada con la defensa de la democracia representativa, sobre todo a través de John Stuart Mill. Contribuyeron en gran medida a las reformas del sistema electoral británico, hasta llegar al sufragio universal. Estaban persuadidos de que el único modo de que los gobiernos contribuyan al bienestar general consiste en que las preferencias de todos los ciudadanos sean tomadas en cuenta. Tenían también una desconfianza en el ejercicio del poder, y por dicha

razón sostuvieron poderosos mecanismos de control y de rendición de cuentas para sujetar a los gobernantes. Por otro lado, John Stuart Mill, en el más influyente ensayo político del siglo XIX, *On Liberty* (1859), defendió una poderosa doctrina de la libertad de expresión, conforme a los postulados del utilitarismo, con arreglo a la cual las limitaciones a las ideas y convicciones que podemos expresar deben provenir únicamente de la evitación del daño a terceros. Una doctrina que todavía hoy permea gran parte de la jurisprudencia de los Altos Tribunales de la mayoría de países, en especial de la Corte Suprema de los Estados Unidos, que la sostiene con el test (debido a Oliver Wendell Holmes Jr., juez de dicha Corte entre 1902 y 1932) de que la libertad de expresión solo debe ser limitada en casos de *clear and present danger* («peligro serio e inminente»). Sin embargo, John Stuart Mill no compartía el utilitarismo meramente *hedonista* de Bentham, dado que creía que es posible distinguir placeres cualitativamente superiores a otros y que, por lo tanto, tenían más peso en el cálculo utilitario: «prefiero a un Sócrates insatisfecho que a un cerdo satisfecho», escribió significativamente.

Fue también la doctrina utilitarista la que comenzó a imaginar la necesidad de diseñar políticas públicas para satisfacer las necesidades básicas de las personas, dado que sin dichas necesidades satisfechas es imposible acceder al bienestar. Las políticas educativas, de salud, de reforma de las cárceles, de protección de los trabajadores, de los niños, de los ancianos, tienen su origen el utilitarismo, en una buena medida y, en Gran Bretaña, confluyen con las ideas socialistas y marxistas (más presentes en el continente europeo) en la creación del Partido Laborista. De hecho, como a menudo se reconoce, los ancestros de la *economía del bienestar* son utilitaristas.

Por otro lado, otra corriente bien influyente en el Derecho en nuestros días también tiene sus orígenes en las doctrinas utilitaristas. Me refiero al *análisis económico del Derecho (Law and Economics)*. Para esta doctrina, el Derecho debe beneficiarse del razonamiento económico en el sentido de que ha de ser concebido como un instrumento social, como un artefacto añadido por los seres humanos al mundo, que promueve la eficiencia económica, aumentando de este modo el bienestar general. Se ha aplicado a todas las ramas del Derecho, al Derecho público también, pero es en el ámbito del Derecho privado en donde ha tenido su mayor impacto, en especial en el ámbito de la responsabilidad extracontractual.

Hasta bien avanzado el siglo XIX, el utilitarismo fue la doctrina moral y política *por defecto*. En un panorama intelectual escéptico acerca de la posibilidad de encontrar un fundamento para la filosofía práctica, el utilitarismo ofrecía dos elementos atractivos: parsimonia filosófica y aplicación práctica. Sin embargo, en 1971 John Rawls publica su influyente *A Theory of Justice*, que contiene una poderosa crítica del utilitarismo como doctrina ética, dado que dicha concepción no es capaz de dar cuenta de la *separabilidad* de las personas. Desde entonces, las críticas a esta dimensión *agregativa* del utilitarismo no han cesado. Ronald Dworkin (*Taking Rights Seriously*, 1977) sostuvo que las personas somos portadores de *derechos básicos* que funcionan, política y jurídicamente, como restricciones a aquello que la voluntad de la mayoría u otras consideraciones agregativas establecen. Una doctrina robusta de los derechos básicos de las personas, como la que de modo cada vez más claro ilu-

mina las legislaciones de las democracias avanzadas y los instrumentos, tratados y convenios internacionales, así como la jurisprudencia de los tribunales nacionales e internacionales, es difícilmente compatible con los postulados básicos utilitaristas. El utilitarismo, piensan muchos ahora, es incapaz de acomodar la autonomía moral y la integridad de las personas.

BIBLIOGRAFÍA

Elster, J.: *Securities against Misrule: Juries, Assemblies, Elections*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

Hart, H. L. A.: *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Philosophy*. Oxford: Oxford University Press, 1982.

Lazary-Radek, K.; Singer, P.: *Utilitarianism: A Short Introduction*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

Moreso, J. J.: *La teoría del Derecho de Bentham*. Barcelona: PPU, 1992.

Pendás, B.: *J. Bentham: Política y Derecho en los orígenes del Estado constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988.

J. J. Moreso
Catedrático de Filosofía del Derecho
Universitat Pompeu Fabra

VER TAMBIÉN: DERECHO Y MORAL / DERECHOS SOCIALES / JURISPRUDENCIA DE INTERESES Y DE VALORACIONES / LIBERALISMO / LIBERTAD DE EXPRESIÓN / POLÍTICA CRIMINAL / POSITIVISMO JURÍDICO / TEORÍA ANALÍTICA DEL DERECHO / TEORÍA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO

ÍNDICE DE AUTORES

Cremades, Bernardo – *Arbitraje*
Cuenca Miranda, Alfonso – *Senado*
Delgado Sotillos, Irene – *Sistema político*
Delgado-Gal, Álvaro – *Revolución*
Delgado-Iribarren García-Campero, Manuel – *Derecho de sufragio.*
Díez-Picazo, Gema – *Nacionalidad.*
Díez-Picazo, Luis María – *Estado de Derecho.*
Dorrego de Carlos, Alberto – *Servicio Público.*
Embid Irujo, Antonio – *Legalidad (Principio de).*
Esteve Pardo, José – *Estado regulador / Estado garante.*
Fernández, Tomás-Ramón – *Ordenamiento jurídico.*
Fernández de Buján y Fernández, Antonio – *Codificación / Derecho Romano / Negocio jurídico / Obligación jurídica.*
Fernández Esquer, Carlos – *Sistemas electorales.*
Fernández Farreres, Germán – *Constitución normativa.*
Fernández García, Eusebio – *Desobediencia civil.*
Fernández Liesa, Carlos – *Jurisdicción universal.*
Fernández-Galiano, Luis – *Arquitectura y política.*
Fernández Ruiz-Gálvez, Encarnación – *Multiculturalidad / Principios y valores constitucionales.*
Fernández Sarasola, Ignacio – *Constitucionalismo histórico español / Formas de gobierno.*
Fernández de La Vega, M.ª Teresa – *Consejo de Estado.*
Fernández-Galiano, Luis – *Arquitectura y política.*
Ferrer Mac-Gregor, Eduardo – *Corte Iberoamericana de Derechos Humanos.*
Ferreres Comellas, Víctor – *Jurisdicción constitucional.*
Ferrero Costa, Augusto – *Música y política.*
Fisac, Taciana – *China.*
Fuentes, Juan Francisco – *Totalitarismo.*
Fuertes, Mercedes – *Interés general.*
Fusi Aizpurúa, Juan Pablo – *Historia.*
Galindo Ayuda, Fernando – *Informática jurídica.*
García Barreno, Pedro – *Reales Academias.*
García Fernández, Javier – *Gobierno / Presidente del Gobierno.*
García Guerrero, José Luis – *Constitucionalismo multinivel.*
García Manrique, Ricardo – *Eficacia jurídica.*
García Mexía, Pablo – *Derecho al olvido.*
García Roca, Javier – *División de poderes / Igualdad ante la ley.*
García-Escudero Márquez, Piedad – *Parlamentarismo / Técnica normativa.*
Garrido Martín, Joaquín – *Jurisprudencia de conceptos.*
Gil Cremades, Juan José – *Jurisprudencia de intereses y de valoraciones.*
Gomá Lanzón, Javier – *Dignidad.*
Gómez Abeja, Laura – *Objeción de conciencia.*
Gómez Sánchez, Yolanda – *Feminismo.*
Gómez-Riesco Tabernero de Paz, Juan – *Notariado.*
González Calleja, Eduardo – *Autoritarismo / Golpe de Estado.*
González Rivas, Juan José – *Tribunal Constitucional.*
González-Hernández, Esther – *Deberes constitucionales / Relaciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas.*
Gracia Guillén, Diego – *Pandemia: Perspectiva médica / Política sanitaria.*
Guichot, Emilio – *Transparencia.*
Gutiérrez Vicén, Carlos – *Cortes Generales*
Hermida del Llano, Cristina – *Libertad religiosa.*
Hernández de la Fuente, David – *Polis.*
Hernández Oliver, Blanca – *Violencia de género.*
Hernández-Gil Álvarez-Cienfuegos, Antonio (†) – *Abogacía.*
Herrero, Montserrat – *Comunitarismo.*
Herrero y Rodríguez de Miñón, Miguel – *Constitución / Historicismo-Escuela histórica / Integración política / Mutación y convención constitucional.*

Esta Enciclopedia de las Ciencias Morales y Políticas para el siglo XXI es un proyecto colectivo puesto en marcha gracias a la participación de muchos académicos y colaboradores externos de alto nivel. No es ni pretende ser un "Diccionario" de carácter exhaustivo y puramente técnico, ya que su objetivo es muy diferente: se trata de hacer balance y plantear perspectivas de futuro. Vivimos en un tiempo de anarquía conceptual y realidades confusas, pero envidiable –a pesar de todo– si lo comparamos con épocas recientes o pretéritas a efectos de dignidad humana, recursos económicos y estabilidad social y política. Sin embargo, los tiempos apuntan "a peor", y conviene acertar cuanto antes con el diagnóstico y ofrecer algunos remedios sensatos.

Las más de trescientas voces de que consta este tomo están dedicadas a las Ciencias Políticas y Jurídicas, Sección Segunda de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas.

La obra es el resultado de la participación de miembros de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, de otras Reales Academias del Instituto de España, catedráticos y otros profesores de Universidad, altos funcionarios de los cuerpos más prestigiosos del Estado y profesionales reconocidos en su ámbito correspondiente.

Los textos, lógicamente heterogéneos, suponen un esfuerzo notable para armonizar los elementos formales: extensión de las voces, referencias bibliográficas básicas y actualizadas que permiten al lector ampliar sus fuentes de información y un completo sistema de remisiones.

A la vista de la pandemia, la Enciclopedia no puede ser ajena a los primeros indicios de un mundo nuevo. Se incluye, por ello, una sección específica sobre las "perspectivas" de la COVID-19 (económicas, éticas, internacionales, jurídicas, laborales, políticas, sociológicas), a cargo de académicos de número de Ciencias Morales y Políticas. Siguiendo el sabio consejo de Alexis de Tocqueville, intentamos ver algo de luz "a través de las tinieblas que ocultan el porvenir".



